Mittheilungen
aus den Materialien
der
Gesetzgebung und Rechtspflege
des
Großherzogthums Hessen
in einzelnen Ausarbeitungen
und
mit besonderer Beachtung
merkwürdiger Rechtsfälle.

In Verbindung mit mehreren praktischen Juristen
herausgegeben
von
Philipp Bopp,
Großherzogl. Hessischem Hofgerichts-Advokaten
in Darmstadt.

Drittes Bändchen.

Darmstadt 1831.
Druck und Verlag von Carl Wilhelm Leske.

Mittheilungen
aus den Materialien
der
Gesetzgebung und Rechtspflege
des
Großherzogthums Hessen
in einzelnen Ausarbeitungen
und
mit besonderer Beachtung
merkwürdiger Rechtsfälle.

In Verbindung mit mehreren praktischen Juristen
herausgegeben
von

Philipp Bopp,
Großherzogl. Hessischem Hofgerichts-Advokaten
in Darmstadt.

Drittes Bändchen.

Darmstadt 1831.
Druck und Verlag von Carl Wilhelm Leske.

Vorrede.

Indem der Herausgeber dieses dritte Bändchen, welches durch mancherlei Hindernisse später, als es geschehen sollte, erscheint, dem Publikum übergiebt, sagt er zuvörderst seinen aufrichtigsten Dank für die nachsichtige und doch rege Theilnahme, die sich seinem Unternehmen zugewendet hat und dessen Fortschreiten verbürgt. Er verkennt nicht, daß der Beifall, den es gefunden hat, zunächst der Idee selbst angehört, findet sich aber durch diese Betrachtung um so mehr angeregt, auf die, durch

reiches Material unterstützte, Ausführung alle Mühe und Fleiß zu verwenden und Alles aufzubieten, um das Unternehmen, das einer unserer ersten Germanisten und Prozeßlehrer besonders insofern, als es das Partikularrecht cultivirt, als sehr verdienstlich erklärt hat, immer beifallswürdiger zu machen.

Was die erste Rubrik, welche partikularrechtlichen Abhandlungen und Ausarbeitungen gewidmet ist, betrifft, so glaubt der Herausgeber bereits gezeigt zu haben, daß ihr die Aufmerksamkeit geworden ist, welche sie in Anspruch nimmt. So nützlich und zweckmäßig auch die Mittheilung von Rechtsfällen, welche partikularrechtliche Fragen berühren, ist, so wird dadurch doch nicht ganz der Zweck erreicht, der ins Auge gefaßt werden muß. Es wird niemand läugnen, daß die Cultivirung des Partikularrechts eben so gut dogmatische und exegetische Ausarbeitungen verlangt, als das gemeine Recht. Darum hat sich sowohl in den früheren als auch besonders in den neueren

Zeiten fast in allen deutschen Ländern ein reger Eifer für die wissenschaftliche Bearbeitung der partikularen Rechte erhoben, was um so verdienstlicher ist, da sie in so inniger wissenschaftlichen Verbindung mit dem gemeinen Recht stehen *) und so für alle deutschen Juristen wichtig sind und der Herausgeber hofft, daß es denjenigen seiner rechtsgelehrten Mitbürger, in denen der Sinn für Wissenschaft nicht in dem Drang des täglichen Geschäftslebens untergegangen ist, eine Genugthuung seyn wird, dazu beizutragen, um mit solchen Bestrebungen gleichen Schritt halten zu können. Das Großherzogthum ist ein Land, welches in seiner geistigen Entwickelung hinter andern deutschen Staaten überhaupt nicht zurückgeblieben ist, in mancher Hinsicht voranschritt. Daher ist es eine Aufgabe, kein wissenschaftliches Feld unbearbeitet zu lassen und wenn das Partikularrecht des Groß-

---

*) Mittermaier Archiv für die civil. Praxis Bd. 12. S. 391. 392.

herzogthums bis jetzt wenig angebaut wurde, so muß diese Wahrheit um so mehr den wissenschaftlichen Eifer anspornen.

Da namentlich das Staatsrecht des Großherzogthums bis jetzt wenig kultivirt wurde, so soll dasselbe um so mehr Gegenstand der Bearbeitung in den nächsten Bändchen werden, weil es sowohl überhaupt, als gerade auch jetzt alle Aufmerksamkeit in Anspruch nimmt. Der Herausgeber hofft, mit einer staatsrechtlichen Ausarbeitung, welche er einem Mitarbeiter zu verdanken haben wird, den Druck des vierten Bändchens, welches im Monat Juni dieses Jahres ausgegeben werden wird, beginnen zu können.

Was die zweite und dritte Rubrik, welche die Erscheinungen der Rechtspflege fesselt, betrifft, so hätte der Herausgeber schon jetzt einige Veranlassung, sich in mehreren Beziehungen zu äußern. Indessen will er dieses bis zu einem der nächsten Bändchen versparen, theils, weil bis dahin mehre-

res berührt werden kann, was bis jetzt zum Vorwort noch nicht reif genug ist, theils auch, weil er bis dahin mehr Gelegenheit hat, die Meinung und die Ansprüche des Publikums noch näher kennen zu lernen. Nur einen Punkt muß er schon jetzt berühren.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Mittheilung von Rechtsfällen an und für sich einen wichtigen Zweck verfolgt, wie noch kürzlich Mittermaier (zunächst in Bezug auf Prozeß) anerkannt hat *). Indessen werden solche Sammlungen mehr anerkannt, welche nicht nur den Rechtsfall selbst liefern, sondern auch den Rechtssatz, welcher von demselben angeregt wurde, wissenschaftlich behandeln **). Nun hat aber der Herausgeber Gründe,

---

*) Archiv für die civ. Praxis, B. 12. S. 364.

**) Mittermaier a. a. O.: „Weit mehr entsprechen ihrem Zweck jene Sammlungen, welche eine wissenschaftliche Darstellung der Lehren enthalten, welche durch einen Rechtsfall veranlaßt sind und nur am Ende ge-

welche ihn im Allgemeinen von diesen Anforderungen dispensiren dürften. Zuerst machen sich ganz individuelle Ursachen, die ihn fesseln, geltend. Dann ist sein nächster, vom Anfang an ausgesprochne, Zweck der, die Praxis, wie sie sich giebt, darzustellen und diese Absicht wird durch die nackte Darstellung der Rechtsfälle nicht nur erreicht, sondern auch, indem sie weniger Raum einnehmen, befördert *). Ferner sollen gerade

drängt und klar den Rechtsfall oder mehrere zusammengehörige Rechtsfälle liefern. In dieser Beziehung zeichnen sich die Sammlungen von Heise und Cropp, von Pfeiffer, von Hagemann und Nettelbladt und von der Nahmer aus."

*) Da die neueren Präjudizien des höchsten Gerichts und die Präjudizien Großherzogl. Hofgerichts in Darmstadt durch den Druck officiell zur öffentlichen Kenntniß gelangen, so wird die Mittheilung der Rechtfälle, wodurch die einzelnen Präjudizien veranlaßt wurden, zu einem natürlichen Commentar, in dem diese dadurch in ihrer vollen Bedeutung und scharfen Begränzung (s. Vorrede zum ersten Bändchen S. 19. 20.) hervortreten und namentlich auch jedem möglichen Mißver-

diejenigen Rechtsfälle, welche partikularrechtliche Fragen berühren, mit den Stoff und die Veranlassung zu selbstständigen Abhandlungen, wodurch die erste Rubrik ausgestattet wird, liefern *), indem gerade sie ja das lebendige Wort sind, welches die praktisch-wissenschaftliche Thätigkeit hervorruft. Endlich begleitet der Herausgeber diejenigen Rechtsfälle, welche gemeinrechtliche Quästionen betreffen, und die er selbst bearbeitet, wenigstens mit Noten, welche die Literatur beachten, auf den neusten Standpunkt derselben hinzeigen und, soweit ihm die Materialien zur Hand sind, eine vergleichende Hinweisung auf die Rechtspflege der übrigen deutschen Gerichte, die Gesetzgebung der andern deutschen Bundesstaaten und einzelne Gesetzesentwürfe enthalten. Glaubt er übrigens

---

ständniß entzogen sind. So wird durch eine reine Privatarbeit der Zweck befördert, welcher jener amtlichen Herausgabe zu Grund liegen wird.

*) Belege sind bereits die drei letzten Abhandlungen in diesem Bändchen.

bei der Bearbeitung des Falls zu finden, daß die Beschaffenheit der, durch denselben angeregten, Quästion eine Aufforderung zu einer wissenschaftlichen Erörterung derselben enthalte, so genügt er diesem Wink, indem er die Ausarbeitung gesondert in einer juristischen Zeitschrift erscheinen läßt *).

---

*) Der Rechtsfall im ersten Bändchen S. 114 — 130 über die Frage, ob und in wie weit dem nachstehenden Pfandgläubiger des Veräußerungsrecht versagt sey? hat den Herausgeber zu dem Versuch einer Erörterung derselben, welcher im dritten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening-Ingenheim, abgedruckt ist, veranlaßt. In derselben Zeitschrift wird von ihm nächstens eine Abhandlung über die Frage: Welchen Einfluß äußert das, gegen den dritten Besitzer einer Urkunde gerichtete Editionsgesuch auf die Hauptsache hinsichtlich ihres Fortgangs? veranlaßt durch den, in diesem Bändchen S. 158 abgedruckten, Rechtsfall, erscheinen. Eine Erörterung der Frage, ob der Pfandgläubiger zum Präjudiz des Pfandschuldners verlangen kann, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, insoweit dieser zu seiner Be-

Von den Herrn Mitarbeitern läßt sich erwarten, daß sie sich für den entsprechenden Fall zu einer gleichen wissenschaftlichen Benutzung entschließen.

Darmstadt im März 1831.

---

friedigung erforderlich ist, veräußert werde, oder ob der Pfandschuldner dagegen Einsprache thun könne, hat der Herausgeber auf Anlaß des Rechtsfalls über diese Quästion im zweiten Bändchen S. 215 — 226 ausgearbeitet. Sie wird im vierzehnten Band des Archivs für die civilistische Praxis eine Stelle finden.

Mittheilungen
aus den Materialien
der
Gesetzgebung und Rechtspflege
des
Großherzogthums Hessen
in einzelnen Ausarbeitungen
und
mit besonderer Beachtung
merkwürdiger Rechtsfälle.

In Verbindung mit mehreren praktischen Juristen
herausgegeben
von
Philipp Bopp,
Großherzogl. Hessischem Hofgerichts-Advokaten
in Darmstadt.

Drittes Bändchen.

Darmstadt 1831.
Druck und Verlag von Carl Wilhelm Leske.

Vorrede.

Indem der Herausgeber dieses dritte Bändchen, welches durch mancherlei Hindernisse später, als es geschehen sollte, erscheint, dem Publikum übergiebt, sagt er zuvörderst seinen aufrichtigsten Dank für die nachsichtige und doch rege Theilnahme, die sich seinem Unternehmen zugewendet hat und dessen Fortschreiten verbürgt. Er verkennt nicht, daß der Beifall, den es gefunden hat, zunächst der Idee selbst angehört, findet sich aber durch diese Betrachtung um so mehr angeregt, auf die, durch

reiches Material unterstützte, Ausführung alle Mühe und Fleiß zu verwenden und Alles aufzubieten, um das Unternehmen, das einer unserer ersten Germanisten und Prozeßlehrer besonders insofern, als es das Partikularrecht cultivirt, als sehr verdienstlich erklärt hat, immer beifallswürdiger zu machen.

Was die erste Rubrik, welche partikularrechtlichen Abhandlungen und Ausarbeitungen gewidmet ist, betrifft, so glaubt der Herausgeber bereits gezeigt zu haben, daß ihr die Aufmerksamkeit geworden ist, welche sie in Anspruch nimmt. So nützlich und zweckmäßig auch die Mittheilung von Rechtsfällen, welche partikularrechtliche Fragen berühren, ist, so wird dadurch doch nicht ganz der Zweck erreicht, der ins Auge gefaßt werden muß. Es wird niemand läugnen, daß die Cultivirung des Partikularrechts eben so gut dogmatische und exegetische Ausarbeitungen verlangt, als das gemeine Recht. Darum hat sich sowohl in den früheren als auch besonders in den neueren

Zeiten fast in allen deutschen Ländern ein reger Eifer für die wissenschaftliche Bearbeitung der partikularen Rechte erhoben, was um so verdienstlicher ist, da sie in so inniger wissenschaftlichen Verbindung mit dem gemeinen Recht stehen *) und so für alle deutschen Juristen wichtig sind und der Herausgeber hofft, daß es denjenigen seiner rechtsgelehrten Mitbürger, in denen der Sinn für Wissenschaft nicht in dem Drang des täglichen Geschäftslebens untergegangen ist, eine Genugthuung seyn wird, dazu beizutragen, um mit solchen Bestrebungen gleichen Schritt halten zu können. Das Großherzogthum ist ein Land, welches in seiner geistigen Entwickelung hinter andern deutschen Staaten überhaupt nicht zurückgeblieben ist, in mancher Hinsicht voranschritt. Daher ist es eine Aufgabe, kein wissenschaftliches Feld unbearbeitet zu lassen und wenn das Partikularrecht des Groß-

---

*) Mittermaier Archiv für die civil. Praxis Bd. 12. S. 391. 392.

herzogthums bis jetzt wenig angebaut wurde, so muß diese Wahrheit um so mehr den wissenschaftlichen Eifer anspornen.

Da namentlich das Staatsrecht des Großherzogthums bis jetzt wenig kultivirt wurde, so soll dasselbe um so mehr Gegenstand der Bearbeitung in den nächsten Bändchen werden, weil es sowohl überhaupt, als gerade auch jetzt alle Aufmerksamkeit in Anspruch nimmt. Der Herausgeber hofft, mit einer staatsrechtlichen Ausarbeitung, welche er einem Mitarbeiter zu verdanken haben wird, den Druck des vierten Bändchens, welches im Monat Juni dieses Jahres ausgegeben werden wird, beginnen zu können.

Was die zweite und dritte Rubrik, welche die Erscheinungen der Rechtspflege fesselt, betrifft, so hätte der Herausgeber schon jetzt einige Veranlassung, sich in mehreren Beziehungen zu äußern. Indessen will er dieses bis zu einem der nächsten Bändchen versparen, theils, weil bis dahin mehre-

res berührt werden kann, was bis jetzt zum Vorwort noch nicht reif genug ist, theils auch, weil er bis dahin mehr Gelegenheit hat, die Meinung und die Ansprüche des Publikums noch näher kennen zu lernen. Nur einen Punkt muß er schon jetzt berühren.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Mittheilung von Rechtsfällen an und für sich einen wichtigen Zweck verfolgt, wie noch kürzlich Mittermaier (zunächst in Bezug auf Prozeß) anerkannt hat *). Indessen werden solche Sammlungen mehr anerkannt, welche nicht nur den Rechtsfall selbst liefern, sondern auch den Rechtssatz, welcher von demselben angeregt wurde, wissenschaftlich behandeln **). Nun hat aber der Herausgeber Gründe,

---

*) Archiv für die civ. Praxis, B. 12. S. 364.

**) Mittermaier a. a. O.: „Weit mehr entsprechen ihrem Zweck jene Sammlungen, welche eine wissenschaftliche Darstellung der Lehren enthalten, welche durch einen Rechtsfall veranlaßt sind und nur am Ende ge-

welche ihn im Allgemeinen von diesen Anforderungen dispensiren dürften. Zuerst machen sich ganz individuelle Ursachen, die ihn fesseln, geltend. Dann ist sein nächster, vom Anfang an ausgesprochne, Zweck der, die Praxis, wie sie sich giebt, darzustellen und diese Absicht wird durch die nackte Darstellung der Rechtsfälle nicht nur erreicht, sondern auch, indem sie weniger Raum einnehmen, befördert *). Ferner sollen gerade

---

drängt und klar den Rechtsfall oder mehrere zusammengehörige Rechtsfälle liefern. In dieser Beziehung zeichnen sich die Sammlungen von Heise und Cropp, von Pfeiffer, von Hagemann und Nettelbladt und von der Nahmer aus."

*) Da die neueren Präjudizien des höchsten Gerichts und die Präjudizien Großherzogl. Hofgerichts in Darmstadt durch den Druck officiell zur öffentlichen Kenntniß gelangen, so wird die Mittheilung der Rechtfälle, wodurch die einzelnen Präjudizien veranlaßt wurden, zu einem natürlichen Commentar, in dem diese dadurch in ihrer vollen Bedeutung und scharfen Begränzung (s. Vorrede zum ersten Bändchen S. 19. 20.) hervortreten und namentlich auch jedem möglichen Mißver-

diejenigen Rechtsfälle, welche partikularrechtliche Fragen berühren, mit den Stoff und die Veranlassung zu selbstständigen Abhandlungen, wodurch die erste Rubrik ausgestattet wird, liefern *), indem gerade sie ja das lebendige Wort sind, welches die praktisch-wissenschaftliche Thätigkeit hervorruft. Endlich begleitet der Herausgeber diejenigen Rechtsfälle, welche gemeinrechtliche Quästionen betreffen, und die er selbst bearbeitet, wenigstens mit Noten, welche die Literatur beachten, auf den neusten Standpunkt derselben hinzeigen und, soweit ihm die Materialien zur Hand sind, eine vergleichende Hinweisung auf die Rechtspflege der übrigen deutschen Gerichte, die Gesetzgebung der andern deutschen Bundesstaaten und einzelne Gesetzesentwürfe enthalten. Glaubt er übrigens

ständniß entzogen sind. So wird durch eine reine Privatarbeit der Zweck befördert, welcher jener amtlichen Herausgabe zu Grund liegen wird.

*) Belege sind bereits die drei letzten Abhandlungen in diesem Bändchen.

bei der Bearbeitung des Falls zu finden, daß die Beschaffenheit der, durch denselben angeregten, Quästion eine Aufforderung zu einer wissenschaftlichen Erörterung derselben enthalte, so genügt er diesem Wink, indem er die Ausarbeitung gesondert in einer juristischen Zeitschrift erscheinen läßt *).

*) Der Rechtsfall im ersten Bändchen S. 114 — 130 über die Frage, ob und in wie weit dem nachstehenden Pfandgläubiger des Veräußerungsrecht versagt sey? hat den Herausgeber zu dem Versuch einer Erörterung derselben, welcher im dritten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening=Ingenheim, abgedruckt ist, veranlaßt. In derselben Zeitschrift wird von ihm nächstens eine Abhandlung über die Frage: Welchen Einfluß äußert das, gegen den dritten Besitzer einer Urkunde gerichtete Editionsgesuch auf die Hauptsache hinsichtlich ihres Fortgangs? veranlaßt durch den, in diesem Bändchen S. 158 abgedruckten, Rechtsfall, erscheinen. Eine Erörterung der Frage, ob der Pfandgläubiger zum Präjudiz des Pfandschuldners verlangen kann, daß das Unterpfand gegen alsbaldige Bezahlung des Erlöses, insoweit dieser zu seiner Be-

Von den Herrn Mitarbeitern läßt sich erwarten, daß sie sich für den entsprechenden Fall zu einer gleichen wissenschaftlichen Benutzung entschließen.

Darmstadt im März 1831.

---

friedigung erforderlich ist, veräußert werde, oder ob der Pfandschuldner dagegen Einsprache thun könne, hat der Herausgeber auf Anlaß des Rechtsfalls über diese Quästion im zweiten Bändchen S. 215 — 226 ausgearbeitet. Sie wird im vierzehnten Band des Archivs für die civilistische Praxis eine Stelle finden.

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

I. Uebersicht der partikularrechtlichen Literatur des Großherzogthums Hessen. Vom Herausgeber. . . . . 1 — 21

II. Ueber die Verbindlichkeit des Klägers, mit der Klage (in ordinario) die Urkunden beizubringen, die über sein, in Anspruch genommenes, Recht sprechen, nach der Vorschrift der Prozeßordnung vom Jahr 1724. Vom Ebendemselben. . . 22 — 40

III. Einige Worte über den Gegenbeweistermin nach der Natur der Sache und Großherzogl. Hessischen Prozeßgesetzen. Vom Hofgerichts-Advokaten Theobald in Darmstadt . . . . 41 — 45

IV. Ueber die Widerruflichkeit der Eheberedungen nach dem Landrecht der oberen Grafschaft Katzenelnbogen. Vom Hofgerichts-Advokaten H. K. Hofmann II. in Darmstadt. . . . . 46 — 57

Seite
V. Rechtsfälle. Vom Herausgeber.
A. Ist ein, ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers errichtetes ortsgerichtliches Testament nach dem Landrecht der Obergrafschaft Katzenelnbogen rechtsgültig? 58
B. Ist nach den Landesgesetzen und namentlich den Verordnungen vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776 ein Verschollener gleich nach zurückgelegtem siebenzigsten oder erst nach vollendetem neunzigsten Lebensjahr für todt zu achten und in welchem Zeitpunkt ist hiernach die Erbschaft als deferirt anzusehen? 84
C. Zur Interpretation der Kurmainzischen Verordnung vom 24. Mai 1798, die Verträge über Immobilien betreffend 92
D. Die exceptio non numeratae pecuniae findet nur gegen solche Handschriften statt, welche über den Empfang eines Darlehns ausgestellt worden sind, nicht aber auch gegen solche Urkunden, worin überhaupt der Empfang von Geld oder andern Sachen bescheinigt ist, indem die Bestimmung in L. 14. pr. Cod. de non num. pec., daß derjenige, welcher einen Schein über den Empfang von Geld oder andern Sachen ausgestellt habe, sich intra biennium der Einrede des nicht gezahlten Geldes bedienen könne, nur auf pecunias, vel alias res, mutuo datas zu beziehen und davon zu verstehen ist 90
VI. Kurzgefaßte Rechtsfragen und Rechtssätze. Vom Herausgeber.
A. Unfreiwilliger Nachlaßvertrag 112
B. Die Einrede der Vorausklage kann von demjeni-

Seite
gen nicht vorgeschützt werden, der sich verbindlich gemacht hat, für einen Dritten auf einen bestimmten Tag zu zahlen. Beispiel einer stillschweigenden Verzichtleistung auf diese Einrede . . 115
C. Es ist Pflicht und Befugniß des Contradictors gegen Liquidationserkenntnisse nach seiner Ueberzeugung auf Kosten der Concursmasse Rechtsmittel zu ergreifen 119
D. Habitatio nach deutschem Recht 125
E. Erbverträge der Eheleute 127
F. Darf der Fiscus als privilegirt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die, durch Schuld seines Anwalts veranlaßte, Versäumung einer Frist durch ebendenselben nachsuchen? 130
G. Laudemium bei Veräußerung oder Vertheilung von ehemals Churpfälzischen Erbleihgütern . . 136
H. Ueber die Dauer der Miethzeit, wenn die Wohnung gegen einen jährlichen Miethzins vermiethet wurde 139
J. Ueber den Suspensiv-Effekt der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . 141
K. Ueber die Zulässigkeit und Wirkung der Einrede der Sicherheitsleistung wegen der Wiederklage im Exekutivprozeß 148
L. Zur Interpretation der Verordnung vom 5. Mai 1820, das Exekutionsverfahren bei gezwungenen gerichtlichen Veräußerungen unbeweglicher Güter betreffend 151
M. Welchen Einfluß äußert die Anbringung des Editionsgesuchs gegen den dritten Besitzer einer Urkunde auf die Hauptsache in Bezug auf deren Fortgang? 158

Seite

N. Ueber die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae) wenn sie gegen einen gerichtlich bestätigten Schuldschein, in welchem derselben ausdrücklich entsagt ist, gerichtet wird 159

O Der Beweisführer ist, wenn er weniger als halb bewiesen hat, zum Erfüllungseid zuzulassen, wenn er de veritate zu schwören sich erbietet, der Product aber nur de nescientia schwören kann 165

P. Zur Interpretation des, in der Verordnung vom 19. Februar 1774, die Curatel über das Vermögen der Abwesenden betr., vorkommenden Ausdrucks: „nächste Verwandte" 170

Q. Zur Interpretation der Stempelpapier-Verordnung vom 21. Juni 1808 und 24. Juli 1809. Ziehung von Stempelpapier zu Kaufmanns- und Handwerksrechnungen als Bedingung der Verbindlichkeit zur Zahlung 171

R. Ist die Ehefrau, welche in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann einen Kaufvertrag abschließt, für ihren Antheil Mitschuldnerin? 178

VII. **Anhang. Uebersicht solcher Rechtsfragen-Entscheidungen auswärtiger Gerichtshöfe, wobei partikularrechtliche Bestimmungen, die auch im Großherzogthum Hessen gesetzliche Kraft haben, in Anwendung kommen. Pfälzer Recht.**

I. Rechtsform der Codicille 182

II. Eheliche Nutznießung an dem Vermögen der Kinder 185

Seite
III. Gültigkeit der Intercession der Ehefrau . . . 187

IV. Ueber Privation der Erbschaft wegen Verzugs der Erben gegen die Legatarien 189

V. Ueber die Folgen der Unterlassung der Errichtung eines Inventars durch den überlebenden Ehegatten über den Nachlaß des Verstorbenen . . . 191

I.

Uebersicht der partikularrechtlichen Literatur des Großherzogthums Hessen.

Vom Herausgeber.

Eine Schrift, die sich mit der Gesetzgebung und Rechtspflege eines Staates beschäftigen soll, hat vor allen Dingen eine Uebersicht der partikularrechtlichen Literatur zu liefern.

Die Zahl der Schriften, die sich bisher mit den, in dem Großherzogthum Hessen geltenden, Partikularrechten beschäftigten oder die Rechtspflege desselben beachteten, ist nicht sehr bedeutend, und man kann sagen, daß, so nahe auch die Aufforderung, diesen reichen Stoff zu bearbeiten, liegt, es nicht leicht einen Gegenstand giebt, der, und zwar gerade in den neusten Zeiten, unbeachteter geblieben ist. Indessen wird das Interesse für das vaterländische Recht und dessen Verwaltung von Tag zu Tag lebhafter und insbesondere ist die Theilnahme an den Partikularrechten der rheinischen Staaten und Provinzen so lebendig geworden, daß ein Anschließen an diese Bestrebungen eben so sehr zu hoffen ist, als es verlangt werden kann.

Der Herausgeber liefert in diesem Bändchen eine Uebersicht der Schriften eines der fruchtbarsten Autoren über das Hessische Partikularrecht und wird [1]) in den folgenden Bändchen mit gleichen Mittheilungen, die als ein Repertorium namentlich für die Praktiker nicht ohne Nutzen seyn dürften, fortfahren.

Carl Georg von Zangen [2]).

Die erste von diesem praktischen Juristen herausgegebene Schrift führt den Titel: Sammlung einiger praktischen Rechtserörterungen. 2 Theile [3]).

Der erste, zu Wetzlar im Jahr 1783 erschienene, Theil enthält lediglich Abhandlungen aus dem gemeinen Recht, gehört also nicht hieher.

Der zweite Theil, zu Wetzlar im Jahr 1785 erschienen, ist zugleich partikularrechtlichen Inhalts, indem eine Abhandlung (3te Meditation) von einigen besonderen Rechten und Gewohnheiten der Stadt Allendorf a. d. Lumbda berichtet [4]). Der

---

1) unter Anknüpfung sachdienlicher Noten.

2) Regierungsrath und Amtmann zu Allendorf an der Lumbda, später Amtmann des Amts Hüttenberg.

3) In der Vorrede bemerkt der Verfasser, daß er zu diesen „Ausführungen", Früchte einiger Nebenstunden, zum Theil durch seine praktischen Berufsgeschäfte veranlaßt worden sey.

4) Nach der Vorrede zu diesem zweiten Theil, sollte diese Mittheilung „einen, vielleicht nicht ganz uner-

Verfasser liefert zuerst eine kurze Geschichte dieses, nun zu dem Bezirk des Landgerichts Giessen gehörigen, Orts, dem bereits im Jahr 1370 Stadtrechte verliehen waren und sagt dann: „Dieses Alles vorausgeschickt wende ich mich nun zu den besonderen heutigen Rechten und Gewohnheiten der Stadt Allendorf an der Lumda selbst.

Es ergeben sich solche:

I. „in Ansehung des Zehnten;

II. in Ansehung des, an der Stadt herfließenden, Flußes, die Lumda oder Lumbda genannt;

III. in Rücksicht der Erbfolge unter Eheleuten und

IV. in Betracht der dahier gewöhnlichen jährlichen Gerichte."

Ein Blick genügt, um zu zeigen, daß die Materie von der Erbfolge der Eheleute die wichtigere ist. Der Verfasser sagt:

„Die Erbfolge unter Eheleuten betreffend, so sind zwar deshalb weder schriftliche Stadt-Gebräche vorhanden, noch auch solche durch andere vorliegende Literalien bestimmt. Da aber nach einer, unterm 30. September 1723 ergangenen, Fürstlichen Verordnung alle Personen, welche der weinkäuflichen Copulation und Proclamation unterworfen sind, nothwendig Ehepakten machen sollen, so lassen sich wohl aus den, seit dieser Zeit gefertigten, Eheberedungen

---

heblichen Beitrag zu dem besonderen deutschen Recht abgeben."

folgende Regeln abstrahiren und fast als allgemein angenommener Gebrauch ansehen, obgleich nicht zu läugnen ist, daß immer die Ehepakt jedes einzelnen Ehepaars die Norm der unter ihnen vorkommenden Streitigkeiten bleibt und mithin durch die nachstehenden Sätze nur ein theoretischer Beitrag zum deutschen Stadtrecht geliefert wird."

Diese, vom Verfasser näher erörterten „Sätze" sind nun folgende:

1) „Es hat hier keine allgemeine, sondern nur eine besondere Gütergemeinschaft und zwar nur in Rücksicht der ehelichen Errungnschaft statt.

2) Alle Ehepakten kommen wesentlich darin überein, daß

a) der überlebende Ehegatte sein Eingebrachtes zurückfordert, demselben

b) die Hälfte der Errungenschaft und ohngerechnet dessen

c) eine gewisse Abfindung in Geld zugesichert wird, welches ein surrogatum des Nießbrauchs auf des Verstorbenen Güter vorzustellen scheint.

3) Ehe einer Errungenschaft gedacht und davon die Frage seyn kann, zieht jedes sein Eingebrachtes und eigne Güter zurück.

4) Was nun nach diesen Voraussetzungen die in der Ehe gemachten Schulden anlangt, so wird dahier ein Unterschied grmacht, ob ein Concurs entsteht oder nicht. In diesem Fall müssen die Schul-

den von beiden Eheleuten getragen werden und ehe solche getilgt sind, läßt sich keine Errungenschaft denken. — Entsteht aber ein Concurs, so zieht die Ehefrau, da sich nun keine Errungenschaft denken läßt, bloß ihr Eingebrachtes zurück. —

5) Ist es zwar den eigentlichen Grundsätzen einer Societas gemäßer, daß kein Theil allein — ohne Zuziehung des andern, contrahiren kann und, im Fall es geschehen, dies Geschäft, wenigstens in Rücksicht des einen, nicht zugezogenen, Theils annullirt werden müsse. — Da aber der Mann das Haupt der Familie ist und die wichtigen Geschäfte allein verwaltet, so wird auch allhier — angenommrn, daß — der Mann allein contrahiren könne, er der Ehefrau durch seine Verträge verbinde, hingegen eine Ehefrau allein keine gültigen Verträge einzugehen vermöge.

6) So wie es nun der Natur der Sache und gemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß ist, daß, im Fall die eheliche Errungenschaft durch den Tod geendigt wird und keine Kinder vorhanden sind, die Erben des Abgelebten die Halbscheid der Errungenschaft erhalten und dieses auch hier Platz greift, so ist auch allhier gleich richtig, daß, im Fall Kinder vorhanden sind, der Letztlebende den Nießbrauch jedoch nur in so lange erhält, bis die Kinder aus der väterlichen Gewalt ausgehen. Schreitet inzwischen der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe, so werden den Kindern erster Ehe sogleich Vormünder gesetzt, ein In-

ventar errichtet und finden jene Vormünder, daß das, auf ihre Curanden devolvirte, Vermögen von so ansehnlichem Belang sey, daß der Nießbrauch mehr betrage, als zur Alimeniation nöthig ist, so wird ein gewisses Kostgeld festgesetzt, und dem überlebenden zur zweiten Ehe schreitenden Ehegatten statt des Nießbrauchs gelassen, das übrige aber zum Besten des Curanden angelegt."

Die zweite Schrift desselben Verfassers ist betitelt: Beiträge zum deutschen Recht und besteht aus 2 Theilen,

Der erste, zu Giessen im Jahr 1788 erschienen., Theil liefert, in so weit sein Inhalt partikularrechtlich ist, zuerst eine „Abhandlung über die Lehre vom Abtrieb nach älteren Gesetzen der Fürstlich Hassischen, besonders der Fürstlich Hessendarmstädtischen Lande" [1]). Eine zweite Abhandlung enthält eine „Rechtliche Erörterung einiger Stellen der Fürstlich Hessendarmstädtischen Prozeßordnung, die Eidesleistung, besonders die willkührliche Eidesleistung betreffend." Der Verfasser beschäftigt sich darin hauptsächlich mit der Vorschrift der Prozeßordnung vom

2) Da die Verordnung vom 15. Mai 1812, zugleich verbietend, alle Arten von Rotraktsrechten anfhebt, so hat diese Abhandlung kein praktisches Interesse mehr und nur noch historischen Werth.

Jahr 1724. Theil 2. Tit. 5. §. 3., daß „das juramentum litis decisorium anders nicht, als, wenn der deferens einige scheinbare indicia beigebracht und erwiesen — Platz haben solle“ [1]). Dann spricht der Verfasser von der Verordnung vom 8. Januar 1785, welche die Bestimmung der Prozeßordnung vom Jahr 1724, wornach den Untergerichten die Befugniß der Abnahme der Eide nicht zustehen soll, aufhebt und diese Befugniß einräumt [2]). Die dritte Abhandlung ist betitelt: „Von der heutigen Verfassung der Hochfürstlich Hessen-Darmstädtischen Stadt Allendorf an der Lumda ein Nachtrag zu meinen Rechtserörterungen. Bd. 2. Med. 3. S. 69 ꝛc.“ und verbreitet sich über die Gerechtsamen dieser Stadt, die besonders in dem Recht: 1) eine eigne Stadtobrigkeit aus ihren Mitteln zu haben, 2) unter Direction des fürstlichen Beamten einen Stadtschreiber zu

---

1) Auch diese Erörterung hat aufgehört von praktischem Werth zu seyn, da die Verordnung vom 17. März 1797 §. 2. diese beschränkende Bestimmung aufgehoben hat.

S. Hessendarmstädtische Civilprozeß-Ordnung vom Jahr 1724 ꝛc. mit Supplementen. Neue, die späteren Verordnungen ꝛc. berücksichtigende, Auflage. Darmstadt 1830. Druck und Verlag von Carl Wilhelm Leske. 1830. Seite 151. 152.

2) S. die, in der vorhergehenden Note angezeigte, Schrift. S. 58.

wählen und jenem zur Bestätigung und Verpflichtung zu präsentiren, 3) einen Abgeordneten auf den Land- und Ausschußtag zu schicken, sodann in der Befreiung von aller Leibeigenschaft und den, davon abhängenden, sowie von allen herrschaftlichen Frohndiensten bestünden. Unter der Rubrik: „Muß der Richter auf den Abfluß der Beweisfrist *ex officio* eekennen, wenn auch der Gegentheil solches nicht urgirt." erörtert der Verfasser diese Frage zugleich mit Beziehung auf die Prozeßordnung vom Jahr 1724 und deren Bestimmung im Theil 2. Tit. 5. §. 1. [1]). Auf ähnliche Art erörtert er die Frage: „Wird in Polizeisachen auf einen vorzüglichen Gerichtsstand gesehen, oder sind alle an einem Ort wohnenden, auch sonst exemten, Per-

---

1) Nach der Verordnung vom 11. Januar 1812 ist die Beweisfrist, wie alle Fristen, bei den Mittelgerichten und dem obersten Gericht, ipso jure peremtorisch.

Nach der Praxis, die schon im sechszehnten Jahrhundert constant war,

S. Observationes practicae fori hassiaci a J. D. Malcomesio Francof. 1667. (Eine Sammlung von Entscheidungen der Hessendarmstädtischen Gerichte aus dem sechszehnten und siebenzehnten Jahrhundert). Observ. XXXVII. „Regulariter non audiuntur partes, termino probatorio effluxo,"

ist dieses auch bei den Untergerichten der Fall.

die alleg. neue Aufl. der Prozeßordn. von 1724. S. 51. 52. 136.

sonen in dergleichen Sachen der Obrigkeit unterworfen," zugleich mit Rücksicht auf die Landesgesetze, wie namentlich die fürstliche Landesordnung der Obergrafschaft Katzenelnbogen [1]) und die Feuerordnung vom 18. Juni 1767, worin ausgesprochen sey, daß in Polizeisachen kein privilegirter Gerichtsstand begründet sey [2]).

Der zweite Theil der Schrift, die zu Giessen im Jahr 1792 erschien, enthält gleichfalls zum Theil partikularrechtliche Abhandlungen und zwar

1) „Von der Curatel über das Vermögen der Abwesenden nach den Fürstlich Hessen-Darmstädtischen Landesverordnungen vom 19. Febr. 1774 und 13. Febr. 1776 [3]),

---

1) abgedruckt in dem Magazin für die deutschen Rechte und Geschichte. Herausgegeben von v. Selchow. Erster Band. S. 475 — 684.

2) Dieser Grundsatz hat seine Bestätigung gefunden in dem zweiten Organisationsedict vom 12. October 1803 §. 5. wo es heißt:

„Ueber schriftsässige Personen haben die Untergerichte auch in Straffachen der Regel nach keine Gerichtsbarkeit. Ausgenommen sind jedoch hievon: a) alle Polizeisachen, als in welchen jedermann den Untergerichten als Polizeirichtern untergeben ist rc." — Eigenbrodt Handbuch Band 1. S. 72.

3) zu denen seitdem die Verordnung vom 30. August 1814 die, von den Feldzügen der Jahre 1806 — 1813

verglichen mit den gesetzlichen Vorschriften anderer deutschen Staaten über die *cura absentis.*"

2) „Von dem Vorzug der, zur Saat vorgeliehenen, Früchte," indem der Verfasser diese Priorität einer Prüfung unterwirft und vertheidigt und zum Schluß der, dieses Vorzugsrecht einräumenden Verordnung vom 7. Juni 1790 [1]) erwähnt.

3) „Von der Gewährzeit und Schadloshaltung wegen des verkauften Viehes, vorzüglich in den Fürstlich Hessendarmstädtischen Landen," indem der Verfasser den wesentlichen Inhalt der verschiedenen partikularen Gesetze über diesen Gegenstand, nämlich der Verordnung vom 30. August 1702 (welche die betreffenden Bestimmungen der Landesordnung der Obergrafschaft Katzenelnbogen im Titel: „Von Kaufen und Verkaufen" mit einigen Zusätzen adoptirt), so wie der weitere Verordnungen vom 19. Februar 1706, 1.

---

nicht ins Vaterland zurückgekommenen Militärpersonen betr., gekommen ist.

1) Die Verordnung vom 29. Mai 1817 ist im Wesentlichen desselben Inhalts, aber, wie eine ältere übereinstimmende Verordnung vom Jahr 1771, auf den vorübergehenden Nothstand zur Zeit ihrer Erlassung beschränkt. — Eigenbrodt Handbuch der Großherzogl. Hess. Verordnungen Bd. 4. S. 98.

October 1712, 21. Januar 1715, 1. Juni 1730 und 20. Juli 1783 zusammenstellt.

4) „Von der gerichtlichen Bestätigung der Contrakte" [1]), unter Beachtung der verschiedenen Partikularrechte und namentlich des Hessen-Darmstädtischen Partikularrechts über diesen Punkt, nämlich der betreffenden Bestimmungen de= Landesordnung (Landrecht) der Obergrafschaft Katzenelnbogen in dem Titel: „Von Käufen und Verkäufen," der Verordnungen vom 16. November 1722, 3. September 1723, 4. Juni 1747 und besonders der Verordnung vom 29. November 1769 (Contracten-Reglement).

5) „Vom Vorzug der, von einem Soldaten ausgeliehenen Gelder im Concurs, nach den Fürstlich Hessen-Darmstädtischen Landesverordnungen," nämlich der Verordnungen vom 11. April und 14. September 1772, 1. März 1773 und 3. December 1776 [2]).

---

1) Am Schluß der Abhandlung bringt der Verfasser die Sprache auf die „Fürstlich Hessen-Darmstädtischen Verordnungen von Beschränkung der Ueberlassung der Eltern an ihre Kinder." (Verordnungen vom 22. Juni 1811, 27. November 1713 und 8. Mai 1737) indem er einige Bemerkungen darüber beifügt.

2) Am Schluß berichtet der Verfasser von der Verordnung vom 2. Juli 1790 wegen Geldaufnahmen und Schuldenmachen der Soldaten (Eigenbrodt Handb-

6) „Von dem Gerichtsstand des Gesindes nach den Fürstlich Hessen-Darmstädtischen Landesgesetzen," indem er nachzeigt, daß nach einem Höchsten Erlaß vom 3. März 1781 das Gesinde den Gerichtsstand seines Brodherrn theile [1]).

7) „Von der Vormundschaft der minderjährigen Weiber", unter Beziehung auf ein Rescript der Regierung in Giessen vom 4. März 1786, wornach in Gemäßheit des gemeinen Rechts minderjährige Personen weiblichen Geschlechts auch im Fall ihrer Verheirathung der Bevormundung unterworfen bleiben sollen [2]).

Bd. 2. S. 25 ꝛc.), eine Verordnung, die, nachdem sie wiederholt und zuletzt unterm 17. April 1818 mit Zusätzen eingeschärft worden war, auf Veranlassung eines Antrags in der zweiten Kammer der Stände durch Gesetz vom 10. Februar 1824 mit ihren Zusätzen aufgehoben wurde.

1) Ueber die Ausnahmen von dieser Regel s. die alleg. neueste Ausg. der Prozeßordnung vom Jahr 1724 S. 13, 14, 107. Die Regel selbst wurde durch Verordnung vom 27. Mai 1830, welche das Gesinde der Jurisdiction der Stadt- und Landgerichte des Wohnorts der Dienstherrschaft unterwirft, aufgehoben.

2) Damit stimmt überein ein Ministerial-Rescript vom 18. März 1807, das überhaupt vorschreibt, daß Minderjährigen von ihrem Vermögen bei ihrer Verheirathung nur so viel verabreicht werden solle, als zu ih-

8) „Von einem besonderen Privileg der Universität Giessen in Rücksicht des Zinsenrückstandes im Concurs", wornach derselben bei der, in diesem, liquidirten Forderung dreijährige Zinsen in der nämlichen Classe, wohin die Hauptsumme gehöre, nachgelassen seyn sollten [1]).

Außerdem liefert der Verfasser einen weiteren, in einer Verordnung vom 30. December 1638 und 23. Februar 1657 bestehenden Beleg für seine Behauptung, daß in Polizeisachen kein privilegirter Gerichtsstand begründet sey, als Nachtrag zu seiner Abhandlung im ersten Theil seiner Schrift.

Eine dritte von Zangen'sche Schrift ist betitelt: Kurze Erörterung der Frage: ob, wenn Güter der Minderjährign öffentlich versteigert und über den geschätzt.en Werth angeschlagen werden, auch das Veräußerungsdekret schon ausgefertigt, aber

---

rem Fortkommen nöthig zu seyn scheine, der übrige Theil aber bis zu ihrer Volljährigkeit sub cura bleiben solle. — Eigenbrodt Handb. der Verordnungen Bd. 3. S. 430. 431.

1) Dieses Privileg hat sich in der allgemeinen Vorschrift der Verordnung vom 2. Mai 1795 aufgelöst, indem diese bestimmt, daß die von 3 Jahren her rückständigen Zinsen mit dem Capital gleiche Rechte genießen und collorirt werden sollen. — Eigenbrodt Handb. Bd. 3. S. 437.

noch nicht insinuirt war und nun von einem neuen Liebhaber mehr geboten wird, dieses neue Gebot allenfalls nach vorgängiger Restitution, noch angenommen werden könne, oder nicht? Giessen 1800. Der Verfasser erörtert und verneint diese Frage, die durch einen Rechtsfall veranlaßt wurde und liefert am Schluß die, mit seinen Ansichten übereinstimmende Entscheidung des Oberappellationsgerichts, des Inhalts: [1])

„In Sachen der bestellten Vormundschaft über weyl. F. R. R. H. in A. hinterlassene Kinder, Kläger an einem, wider den Handels- und Stadthauptmann K. zu ersagten A. Beklagten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden Wir Ludwig Landgraf zu Hessen, Fürst zu Hersfeld u. s. w., auf die mit der Bemerkung, daß zu Abkürzung der Sache der den Minderjährigen zugelassene höhere Gerichtsstand erwählet worden, übergebene Klage, und darauf bis zum Beschlusse erfolgte Verhandlung, nach vergeblich versuchter Güte, aus Unserm nachgeordneten F. O. Appellat. Gerichte hiermit durch Urtheil zu Recht:

---

1) Eine Mittheilung dieser Entscheidnng möchte keiner Rechtfertigung bedürfen. Sie betrifft eine wichtige und praktische Rechtsfrage, daher ihr Abdruck um so mehr einen Platz verdient, da die Schrift namentlich Erscheinungen der Rechtspflege vorführen soll.

Demnach es in vorliegendem Falle darauf ankommt, ob

I. der in der Mitte liegende öffentliche Verkauf des befragten Gartens, wegen Maugels einer gesetzlichen Erforderniß rücksichtlich der Minderjährigen, als nichtig aufzuheben, oder

II. ob nicht wenigstens die H... minorennen Kinder wegen des geschehenen Nachgebots von 200 fl. gegen den, ohne Vorbehalt der Ratifikation erfolgten, Zuschlag ihres öffentlich subhastirten Gartens, in integrum zu restituiren seyen, und denn, soviel die erste Frage betrifft, sich durchaus nicht absehen läßt, wie die klagende Vormundschaft die Behauptung aufstellen möge, daß das erforderliche Decretum alienendi hier ermangele, maßen Unsere Regierung zu Gießen dadurch, daß sie praevia c. c. dem Commissarius aufgab, den befragten Garten mit dem Vorbehalt zu versteigern, daß der Zuschlag alsdann erst, wenn das Gebot die Taxation erreiche, geschehen solle, die erforderliche obrigkeitliche und obervormundschaftliche Einwilligung in die Veräußerung allerdings schon eventualiter ertheit hatte, und es also nur noch auf die Ausfertigung dieses, in jener Einwilligung schon enthaltenen Veräußerungs-Dekrets ankam, welche, nachdem der vorausgesetzte Fall wirklich eingetreten, ein, die Schätzung sogar übersteigendes, Gebot geschehen, und hierauf der Zuschlag ertheilt worden war, nun um so weniger mehr versagt werden konnte, als es bei diesem Geschäft kei-

neswegs auf die Förmlichkeit und gebrauchten Ausdrücke, sondern lediglich auf den Sinn ankommt und dieser in dem, unterm 25. Jenner des verwichenen Jahrs an Unsern Amtm. M. zu A. erlassenen, Rescript keinem vernünftigen Zweifel unterworfen seyn kann; in Ansehung der zweiten Frage aber es bekannten Rechtens ist, daß die Minderjährigen nur dann auf Restitution Anspruch zu machen befugt sind, wenn sie propter lubricum aetatis lädirt worden, dieses aber hier um so gewisser der Fall nicht ist, als

1) bei Beurtheilung der Läsion auf communem et forensem, nicht aber auf fortuitam rei aestinationem zu sehen, und der wahre Werth des Gartens durch die, von Sachverständigen in gehöriger Ordnung vorgegangene, Schätzung hier bestimmt ist, gegen deren Richtigkeit

2) der höhere Ankaufspreis in keine Betrachtung kommen kann, da der Grund hiervon lediglich in dem zufälligen Steigen und Fallen der Güterpreise, auch etwaigen Verringerung des Gartens selbst oder dessen Zugehör, zu suchen ist, wozu noch

3) kommt, daß durch das, bei der Versteigerung erfolgte, höchste Gebot nicht nur, der durch die Schätzung bestimmte, wahre Werth des Gartens, sondern sogar dessen höherer Ankaufspreis noch überstiegen wird, und sich also einige Läsion, als der Hauptgrund einer Restitution,

hierbei durchaus nicht gedenken läßt; selbst aber auch,

4) wenn man den entgehenden Gewinn für eine, die Restitution der Minderjährigen begründende, Läsion ansehen könnte, dagegen in Betracht kommt, daß es hier ein bloßer Zufall ist, der diese Läsion veranlaßt, und das unmündige Alter um so weniger einigen Antheil daran hat, als der Verkauf mit aller erforderlichen Vorsicht und Behutsamkeit vorgenommen worden, und das zufällig erfolgte Nachgebot bei einem Volljährigen eben so gut hätte erfolgen können; wie denn auch

5) das geschehene Nachgebot eine Läsion schon deßwegen zu begründen nicht vermag, weil zu der Zeit, als die Versteigerung vorging, und der auf 560 fl. taxirte Garten um 800 fl. zugeschlagen wurde, keine dergleichen vorhanden war, und eine, erst nach einem geschlossenen Handel durch einen Zufall eintretende, Verletzung keinerlei Rücksicht vrrdienen kann; ohnehin aber

6) dia hierunter vorliegenden Gesetze nur die Absicht haben, unberathenen und hintergangenen Minderjährigen gegen allenfalls erlittenen Schaden mittelst der Restitution zu Hülfe zu kommen, keineswegs aber den, unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Beobachtung aller Erfordernisse abgeschlossenen, Güterverkauf der Minderjährigen, eines zufälligen Vortheils halber, aufzu-

heben, und dem Käufer sein hierdurch erlangtes jus quaesitum zu entziehen;

Daß dannenhero der Beklagte von der gegen ihn angestellten Klage auf Zurückgabe des ersteigten Gartens zu absolviren und loszusprechen, die aufgegangenen Kosten aber gegen einander aufzuheben und zu vergleichen seyen u. s. w. V. R. W. Publ. Darmstadt den 23. Juli 1799."

Eine vierte Schrift desselben Schriftstellers: Ueber weibliche Bürgschaften und Concurssachen ist zu Gießen im Jahr 1804 erschienen.

In der ersten Abhandlung: „Ueber weibliche Bürgschaften" berührt der Verfasser den Punkt der „Schädlichkeit, Unanwendbarkeit und Unbilligkeir der römischen Gesetze von den weiblichen Rechtswohlthaten", wodurch mehrere deutschen Regierungen bewogen worden seyen, „verschiedne, die weiblichen Rechtswohlthaten und Vorrechte modificirende, einschränkende und erläuternde Verordnungen zu erlassen." Dann führt er fort: „Ohne mich nun auf jenes alles dermalen näher einzulassen und ohne mich auch über andere Gesetze zu verbreiten, bleibe ich jetzt lediglich bei der, in gleicher Absicht unterm 2. März 1795 erlassenen, gesetzlichen Landesverordnung stehen [1])."

---

1) Der Verfasser hat diese Verordnung, sowie eine weitere, den §. 4. derselben authentisch erläuternde Verordnung vom 4. November 1798 als Anhang der Ab-

Den weiteren Inhalt hat der Verfasser selbst in Folgendem angegeben:

„Ich werde jeden Absatz des Landesgesetzes durch„gehen, solchen mit dem gemeinen Recht vergleichen „und die Abweichungen jenes Gesetzes von diesem, „um den angehenden jungen Praktiker eine ge„schwinde Uebersicht zu verschaffen, darlegen."

Im Eingang zur zweiten Abhandlung: „Von Concurssachen, besonders nach den Fürstl. Hessen-Darmstädtischen Landesgesetzen," sagt der Verfasser, die Vermehrung der Concursprozesse machte den Wunsch rege, „daß die deshalb einschlagenden Vorschriften, so genau und deutlich bestimmt seyn möchten, daß der Gang dieser Art von Geschäften soviel, als nur möglich beschleunigt und die Entscheidungen so geleitet werden könnten, daß kein Anlaß zu Verzögerungen zu finden sey und überhaupt dergleichen Prozeßsachen auf zweckmäßige Weise zur baldigen Endschaft gebracht würden." Dann sagt er weiter: „In dieser Hinsicht ist gewiß jeder

handlung selbst abdrucken lassen. Unterm 26. März 1812 wurden die §§. 10 – 15. dieser Verordnung auf alle die Souverainitäts- und Entschädigungslande, worin nach den, daselbst bestehenden, durch Observanz oder ausdrückliche Gesetze gebildeten, Partikularrechten Bürgschaften der Eheweiber vorkommen könnten, und wo bisher schon zu deren Wirksamkeit die Entsagung derselben auf die, ihnen im römischen Recht verwilligten, Rechtswohlthaten erforderlich gewesen, ausgedehnt.

Beitrag zu dieser Lehre, und wenn er sich auch bloß auf Localverfassung gründet, wenigstens auf das Land, wo solche gesammelte und eelaubte Gesetze gelten, verdienstlich und es wird eine dahin zielende Ausführung, wenn sie auch noch mangelhaft seyn sollte, Nachsicht und die öffentliche Bekanntmachung derselben Entschuldigung zu erwarten haben."

„Wir haben nur wenige Landesgesetze in den hiesigen Fürstl. Landen, welche in Rücksicht der Lehrr vom Concurse etwas abweichendes vom gemeinen Recht bestimmen und außer dem, was die Fürstl. Prozeßordnung vom 2. Mai 1724. Theil 2. Tit. 8. über Concurssachen im Allgemeinen enthält und einigen Verordnungen, welche gewisse Sachen oder Classen von Personen betreffen, sowie einzelne, durch höhere Erkenntnisse rechtlich gültige Gewohnheiten dergleichen bestimmen, eigentlich nur das Landrecht der obern Grafschaft Catzenelnbogen Theil 1. Tit. 7. [2]) über die Priorität der Gläubiger, oder wie eine Schuld vor der andern soll bezahlt werden."

Der Verfasser durchgeht nun die einzelnen Bestimmungen der von ihm angeführten Titel der Prozeßordnung und des Landrechts und die übrigen auf das Concurswesen Bezug habenden, Verordnungen [3]), unter Vergleichung mit den Grundsätzen des

2) Der Verfasser hat diesen Titel als Anhang der Abhandlung abdrucken lassen.

3) d. h. die Verordnung vom 26. Februar 1787, daß

gemeinen Rechts und einzelner deutschen Partikulargesetze und mit den Ansichten und Doctrinen der Rechtslehrer, sowie mit der Praxis der Gerichte (unter Namhaftmachung und Erörterung einzelner Fälle.)

---

bei Concursen Weilburgischer, im Inland possessionirter, Unterthanen jure retorsionis ein Partikular-Concurs formirt werden solle, die bereits gedachte Verordnung vom 2. März 1795 hinsichtlich der Zinsen, die Verordnung vom 13. September 1754, die Vorschrift enthaltend, daß Besoldungs-, Sterb- und Gnadenquartale nicht zur Concursmasse gezogen werden sollen, die Verordnung vom 30. April 1785 wegen der muthwilligen Banqueroutirer, die, gleichfalls bereits erwähnte, Verordnungen vom 11. April und 14. September 1772, 1. März 1775 und 3. Dec. 1776 hinsichtlich des Vorzugs der, von einem Soldaten ausgeliehenen Gelder, die Verordnungen vom 26. August 1772 und 20. August 1777, den Vorzug der herrschaftlichen praestandorum und der Verwilligungsgelder im Concurs betreffend, die Verordnurg vom 1. August 1777, die Priorität der Brandkassegelder betreffend, die Verordnung vom 13. October 1783, wornach die allgemeine geistliche Wittwenkasse sich des Vorzugsrechts der frommen Stiftungen erfreuen soll.

Wegen der neueren Verordnungen (Generalien und gemeinen Bescheide) s. neue Auflage der Prozeßordnung mit Supplementen. Darmstadt 1830. S. 178 bis 189.

II.

Ueber die Verbindlichkeit des Klägers, mit der Klage (in ordinario) die Urkunden beizubringen, die über sein, in Anspruch genommenes Recht sprechen, nach der Vorschrift der Prozeßordnung vom Jahr 1724.

Vom Herausgeber.

§. 1.

Das römische Recht schreibt vor, daß der Kläger alle, zur Begründung seines Anspruchs dienenden Urkunden dem Beklagten vor dessen Einlassung auf die Klage vorlegen soll, damit dieser sich durch deren Einsicht gehörig in den Stand gesetzt finden solle, zu beurtheilen, ob es zweckmäßig sey, die Ansprüche des Klägers anzuerkennen oder zu bestreiten [1]).

1) L. 1. Dig. de edendo (213).
„Qua quisque actione agere volet, eam edere debet. Nam equissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et si contendendum, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua con-

veniatur. Edere est, copiam describendi facere, vel in libello complecti. Edenda sunt omnia, quae quis apud judicem editurus est, non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere. Edere non videtur, qui stipulationem totam non edit."

Voet. Comment. ad Dig. II. 13. §. 17.

„Actor — reo etiam ante litem contestatam edere tenetur instrumenta omnia, quibus ad suae intentionis probationem usurus est, ut ita reus, inspectis illis, securius deliberet, an edendum, an contendendum sit."

Huber Praelect. jur. civ. (editio quarta Francofurti et Lipsiae 1749) S. 616. 618.

„Porro juxta libellum edenda iustrumenta, rationes et omnia, quibus aetor apud judicem usurus est."

Glück ausführliche Erläut. der Pand. Theil. 4. §. 286"

„Es entsteht die Frage, ob nicht der Kläger angehalten werden könne, daß er dem Beklagten noch vor erfolgter Kriegsbefestigung diejenigen Urkunden edire, worauf sich die, in seiner Klage angeführten, Thatumstände gründen. Nach römischen Rechten kann der Beklagte die Vorlegung dieser Urkunden allerdings verlangen, damit er durch deren Einsicht desto besser in den Stand gesetzt wird, zu überlegen, ab er streiten oder nachgeben wolle."

v. Almendingen. Ueber Urkundenedition und Argenterien. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Rechts ꝛc. (Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung. Her-

Dagegen befreit nach der gemeinen Meinung das kanonische Recht den Kläger von dieser Verbindlichkeit [2]).

Der jüngste Rechsabschied weicht gleichfalls vom römischen Recht ab, indem er es dem Kläger anheimstellt, ob er die Urkunden (im ordentlichen Prozeß) vor dem Beweistermin vorlegen will [3]).

---

ausgegeben von Grolman. Erster Band. Giessen und Darmstadt 1800 S. 281 rc.)

Hefftter Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1825. Seite 220.

Linde. Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeß. Zweites Bändchen. Abhandl. 8. „Bemerkungen über den anticipirten Beweis nnd dessen Verhältniß zum ewigen Gedächtniß §. 1."

Goldschmidt. Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeß. Fsankfurt 1818. Abhandl. 7. „über den Editionseid" S. 81.

2) Boehmer Jus eccles. protest. P. II. 22. §. 1.

Mittermaier Beiträge zu der Lehre von dem anticipirten Beweis. (Archiv für die civilistische Praxis. Band I. Abh. 8. §. 2.

Linde. Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Zweite Ausgabe. Bonn 1828. §. 281.

3) J. R. A. §. 35. „Daneben bleibt einem jeden Kläger unverwehrt, sondern hiermit vergönnt und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die probatoria um sein selbst Bestes willen zur Beschleunigung der Sachen gleich bei Aufziehung oder auch in dem ersten Termin, vornehmlich, wenn sie in briefli-

§. 2.

Indessen haben sich viele Partikulargesetzgebungen [4]) wieder der Vorschrift des römischen Rechts genähert [5]). Der Baierische Prozeß gebietet, daß, wenn die der Klage zu Grund liegende Thatsache auf Urkunden beruht, aus welchen der ganze Streit ohne andern Beweis gehoben werden kann, drr Kläger diese Urkunden gleich mit der Klage

---

chen Urkunden bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen oder sich sonsten in andere Weg zum Beweisthum gefaßt machen oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, auf den zweiten terminum verschieben wollen ꝛc." S. auch §. 39. dieses Reichsgesetzes.

Ueber das Historische vergl. überhaupt Goldschmidt Abhandlung. Abh. 5. „über drs ordentliche Beweisverfahren." S. 51 ꝛc.

4) Die französische Prozeßcodex schreibt (Art. 65) vor, daß die Mittheilung der Abschriften der Urkunden, auf welche sich der Kläger beruft, mit dem Exploit, welches die Klage mittheilt, geschehen solle.

5) Glück Erläut. der Pand. Th. 4. §. 286. a. E.

Mittermaier. Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren. Zweiter Beitrag. Bonn 1821 §. 8. „Gebot oder Begünstigung des anticipirten Beweises."

Linde Lehrb. des deutschen gemeinen Civilprozesses. §. 281. Not. 3.

übergeben soll [6]). Dfe Mecklenburgische und Hessenkasselische Pozeßgesetzgebung schreibt vor, daß der Kläger alle, zur Begründung seines Anspruchs dienenden, Urkunden mit der Klage vorlegen soll [7]).

---

6) v. Wendt. Vollständiges Handbuch des baierischen Civilprozesses. Nürnberg 1827. §. 87. und Not. 11 dazu §. 158.

7) Handbuch des Mecklenburgischen Civilprozesses von K. A. v. Kamtz. Zweite Ausgabe, bearbeitet von Freiherrn von Nettelbladt. Berlin 1822. Buch 2. Abschnitt 1. Tit. 1. §. 43. „Die schriftliche Klage muß mit den allgemeinen Erfordernissen schriftlicher Vorträge versehen seyn, das Factum wahrhaft, kurz, klar und deutlich, mit allen wesentlichen Umständen vertragen und mit einer rechtmäßigen Bitte schließen. Auch müssen alle, zum Beweis derselben gehörigen Urkunden entweder in Ur= oder Abschrift, unter dem Rechtsnachtheil, daß sie sonst nicht anders, als auf vorgängigen Eid des Klägers, daß sie znr Zeit der Anstellung der Klage ihm nicht bekannt gewesen, sondern er sie erst nachher erhalten habe, angenommen werden, — beigelegt werden.“

Kopp: Ausführliche Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der Geistlichen und Civilgerichte in den Fürstl. Hessen=Casselischen Landen. Cassel 1771. Th. 2. §. 43. No. 5 §. 147. „Bei Führung des Beweises durch schriftliche Urkunden sollen aber die Par=

Eine gleiche Vorschrift war bisher im Hannöverischen [8]) geltend und galt oder gilt noch jetzt im Weimar'schen [9]). Die nämlichen Bestimmungen [10]) enthält die österreichische [11])

theyen ihre Documenten, worauf sie sich mit der Klage gründen, sobald Anfangs, ihren Verhandlungen abschriftlich beifügen und bei die Acten geben."

8) Glück a. a. O.

9) Danz: Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses. Dritte Ausgabe. Stuttgardt 1800. §. 65. Not. A.

10) Mittermaier a. a. O. S. 138. 139.

11) Füger: Das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österr. allgemeinen Gerichts = und Concursordnung. Zweite Auflage, herausgegeben von Wessely. Wien 1828. Theil 1. §. 12.

„Das Factum soll jederzeit in seiner Zeitordnung, rein, ohne Einmengung eines Vernunftschlusses oder einer Rechtsstelle erzählt, die Beweismittel aber an brieflichen Urkunden sogleich angeführt und beigeschlossen werden."

Pratobevera. Materialien für Gesetzkunde une Rechtspflege in den österreichischen Staaten. Band 4. Wien 1820. S. 107. „Ein Urkundenbeweis wird mit der Anführung eines Umstandes, welcher durch eine Urkunde erwiesen werden will, in der Klage=Einrede, Replik und Duplik nicht nur sogleich mit Berufung auf eine bestimmte Urkunde angeboten, sondern wirklich vorgelegt und rücksichtlich angetreten, obschon es ungewiß ist, ob die Urkunde überhaupt erheblich und nöthig seye und, ob der Gegner den Umstand nicht freiwillig einräumen werde."

und preußische [12]) Civil-Prozeßgesetzgebung.

Ein Schwarzburg-Sondershausen'sches Gesetz über das Verfahren in geringfügigen bürgerlichen Rechtssachen vom 21. Mai 1816 schreibt vor, daß bei jeder Klage bei Vermeidung der Zurückgabe die Beweismittel und zwar, insofern verschiedene gebraucht werden, mit Bezeichnung des Punktes, welcher durch ein jedes derselben dargethan werden solle, genau anzugeben sey und Urkunden, welche sich in den Händen des Klägers befänden, der Klage abschriftlich, solche, deren Inhalt nur theilweise den streitigen Gegenstand betreffe, z. B. Handelsbücher, in einem Auszug beigefügt werden sollten [13]). Ein Herzoglich Oldenburgisches Prozeßreglement vom 15. März 1824 befiehlt den Kläger, die Do-

12) Allgemeine Gerichtsordnung für die königlich preußischen Staaten. Titel 5. §. 5. Tit. 3. 1.

„muß derjenige, welchem die Einziehung der Information obliegt, — wenn der Kläger sich auf Documente beruft, selbige beibringen lassen und entweder die Originale oder getreue Abschriften davon dem Protokoll beiheften."

„wird hiermit verordnet, daß die Partheyen, besonders in dem, zur Aufnehmung der Klage — anberaumten Termine — alle zur Aufklärung der Thatsachen dienende Nachrichten und Urkunden mit zur Stelle bringen sollen."

13) Archiv für die civilistische Praxis. Band 9. S. 280.

cumente, worauf er sich beruft und die er besitzt, wenigstens in Abschrift der Klage beizufügen [14]).

§. 3.

Gleiche Bestimmungen enthalten mehrere neuere Entwürfe von Civil-Prozeßordnungen.

Der Entwurf des Civilprozeß-Codex für das Königreich Baiern enthält §. 324. die Vorschrift, daß der Kläger die Urkunden, auf die er sich in der Klagschrift bezieht, mit derselben beibringen soll [15]a).

---

14) Archiv für die civilist. Praxis. Band 7. S. 278.

15a) Archiv. Band 9. S. 280. Gönner, der an diesem Entwurf großen Antheil hatte, spricht in seiner Schrift: Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Erlangen 1816. Band 2. Abth. 2. S. 300 rc. sich dahin aus, daß die Verbindung der Beweise mit den ersten Verhandlungen eine, für den ganzen Prozeß höchst wichtige Verbesserung sey, die sich jede neue Gesetzgebung anzueignen habe, wolle sie nicht weit hinter ihr Zeitalter zurücktreten. Dieselbe Theorie, die in: Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. Erlangen 1822. Band 1. Abhandl. 12. S. 348. rc. und größtentheils auch in Mittermaier: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren rc. Beitrag 2. Bonn 1821. §. 8. — Archiv für die civil. Praxis. Band 1. No. 8 und 15 ihre Gegner gefunden hat, vertheidigt Gönner in seiner späteren Schrift: Commentar über das Kö-

Im Entwurf des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen bei den Mittelgerichten des Großherzogthums Hessen heißt es Art. 7:

„Mit der Klagschrift müssen zugleich Abschriften der Urkunden oder der entscheidenden Stellen der Urkunden eingehändigt werden, auf welche sich der Kläger in der Klagschrift beruft. Unterläßt der Kläger dieses, so hat er es nicht nur sich selbst zuzuschreiben, wenn der Beklagte sich nicht bestimmt über die Urkunde erklärt, sondern es wird ihm auch in keinem Fall etwas für die späteren Abschriften, welche er im Laufe des Verfahrens zu geben bestimmt werden kann, vergütet" [15]).

§. 4.

Die Fürstlich Hessen-Darmstädtische Prozeßordnung vom Jahr 1824 schreibt vor Theil 2. Tit. 5. (Wie und welchergestalt der Beweis geführt und damit verfahren werden soll) §. 2:

„Nebst deme soll einem jeden, welcher den Be-

---

niglich Baierische Gesetz vom 22. Julius 1819. Erlangen 1820. S. 205.

15) S. Motive zu dem Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, herausgegeben von Floret. Zweites Heft. Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei den Mittelgerichten. Darmstadt 1819. S. 23, wo der Herausgeber bei Entwickelung der Gründe sagt: „Es ist dieses die römische editio instrumentorum, welche mit der editio actionis verbunden war."

weis zu führen hat, sich dieser oder jener in Rechten erlaubten Art zu bedienen zwar freistehen, damit jedoch die Sachen desto mehr befördert werden, hat derjenige Theil, dem der Beweis von Rechtswegen oblieget, sobalden in der Klag- und Exceptionsschrift so viel möglich bei jeden Punkten quo genere probationis, an per instrumenta testes vel juramentum er sich bedienen wolle, anzudeuten, auch, wo er sich auf documenta beziehet, dieselben sogleich wenigstens in copia beizulegen,"

und ebendaselbst §. 11:

„Hiernächst lassen Wir es, ratione des Beweises per instrumenta, bei der Disposition deren gemeinen Rechten zwar lediglich bewenden, wollen aber, daß sowohl der Actor als Reus diejenige instrumenta, welche ein, oder andre Theil ad probationem vel actionis vel exceptionis, einbringen will, wo möglich respective mit der Klag- und Exceptions-Schrift, oder doch intra terminum probatorium und wenn zumalen der Beweis durch Zeugen und Instrumenta zugleich intendirt würde, wenigstens mit denen Articulis probatorialibus oder, wie erst erwähnt, längstens nach publication der Zeugen-Aussag in primo termino auf einmal, in Originali, nebst einer beigelegten Copia, damit diese von einem Regierungs-Secretario vidimiret, und bei denen

Acten behalten, jene aber wieder zurückgegeben werden könne, produciren, oder, daß dieselben mehrmals ohne Beibringung besonderer und rechtsbeständiger Ursachen, weiter gar nicht angenommen werden, sich unfehlbar gewärtigen sollen, wobei denn die Procuratores, ratione agnitionis vel diffessionis die Nothdurft entweder sobalden, oder längstens in proximo termino, ehe weiter etwas verhandelt wird, mündlich ad protocollum zu besorgen haben."

In der Praxis scheint die Ansicht Eingang gefunden zu haben, diese Bestimmungen der Prozeßordnung seyen nicht so zu verstehen, als ob sie eine Verbindlichkeit des Klägers, mit der Klage die, über seine Ansprüche sprechenden, Urkunden beizubringen, aussprächen [15]). Die praktische Wichtigkeit des Gegenstandes rechtfertigt daher wohl den Versuch einer Erörterung desselben.

§. 5.

Die Prozeßordnung läßt es im Eingang des angeführten §. 11. mit ausdrücklichen Worten hinsicht-

---

16) So heißt es z. B. in den Entscheidungsgründen eines Bescheids des Landgerichts U. vom 29. Mai 1830. „Die Prozeßordnung §. 11 *) Tit. 5. Theil 2. gebietet nicht absolut im ersten Verfahren die Beibringung der Urkunden, auf welche man sein Verlangen stützt."

---

*) Dieser §. muß wohl mit dem §. 2. desselben Titels zusammengestellt werden, um ein sicheres Resultat zu gewinnen.

lich deß Urkundenbeweises bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts bewenden. Allein sie macht eine bestimmte Ausnahme durch den Ausdruck: „wollen aber.“ Diese Ausnahme ist nun augenscheinlich gegen die gemeinrechtliche Bestimmung des jüngsten Reichsabschieds gerichtet, und so will der Gesetzgeber, indem er befiehlt, daß der actor diejenigen Instrumenta, die er ad probationem actionis einbringen will, mit der Klage produciren soll, die Bestimmung des Reichsgesetzes, wornach der Kläger nicht verbunden seyn soll, die Belege seiner Ansprüche mit der Klage beizubringen, aufheben und dem Kläger diese Beibringung zur Verbindlichkeit machen, eine Verbindlichkeit, die er schon im angeführten §. 2 ausspricht. War dieses nicht Absicht des Gesetzgebers, so wäre bei der Gewißheit, daß er an den Bestimmungen des gemeinen Rechts (des jüngsten Reichsabschieds) hinsichtlich des Urkundenbeweises etwas abändern wolle, nicht einzusehen, was er am gemeinen Recht abändern wolle, da dieses sonst nichts enthält, das den dispositiven Worten der Prozeßordnung entgegen ist. Auch ist die Disposition derselben nichts weniger als befremdend. Der Gesetzgeber fand die Verbindlichkeit des Klägers zur Vorlegung der, zur Begründung seiner Ansprüche dienenden Urkunde schon im römischen Recht begründet. Er fand, daß diese Vorschrift zur Abkürzung der Sache diene. Er mag in Betracht gezogen haben, daß darum mehrere Partikular-Prozeßordnungen diese Vorschrift

enthielten und so entschloß er sich wohl, sie gleichfalls zu adoptiren. Er mochte sich um so mehr dazu veranlaßt finden, da die Vorschrift von dem Reichskammergericht [17]) nnd der Reichsdeputation zu Frankfurt [18]) in Vorschlag gebracht wurde und sich

---

17) In dem Kammergerichtlichen Bedenken vom Jahr 1643, die Verbesserung des Justizwesens, heißt es: „Wäre reiflich zu bedenken, ob nicht dem Prozeß ein merklicher Vorschub gegeben werden könnte, wenn nämlich sowohl in Appellations- als simplicis querelae Sachen das Mittel ergriffen würde, daß stracks cum productione libelli und erster Klag ein jeder Parthei, — also bald, welche articulos er — per documenta — zu probiren vorhabens wäre, in specie benahmsete — auch — in primo oder secundo termino solche judici originaliter oder aufs Wenigste in vidimata copia exhibirte, solche auch adversae parti alsbald cum libello — communirte. ꝛc. — Denn dadurch könnten viele vergebliche submissiones verhindert und dem judici alsbald vor Augen taliter qualiter gestellt werden, welcher Theil eine gute Sache führt."

Vergl. Neurod: Gegenwärtige Verfassung des H. R. Reichs in Staats- und Justizsachen oder pragmatischen Erläuterung des jüngeren Reichsabschieds. Jena 1752. S. 160. 161.

18) Im Gutachten derselben vom Jahr 1644 heißt es: „Die causas simplicis querelae, appellationis und mandatorum cum clausula belangend, da halten die Churfürsten auch deputirte Fürsten und Ständegesandten zur Beförderung der allzulangweiligen Kostspildung und

so darin eine gewichtige Auctorität für ihre Adoption geltend machte.

§. 6.

Sowie es nun nicht zweifelhaft zu seyn scheint, die Prozeßordnung verbinde den Kläger, der Klage die, sie begründende Urkunde oder Urkunden beizufügen, so erhebt sich die weitere Frage: Ist diese Vorschrift unbeschränkt oder nur für einen bestimmten Fall berechnet? Der gedachte §. 2. beantwortet diese Frage deutlich dahin, daß die Bestimmung nur dann eintritt, wenn sich der Kläger in der Klage auf Documente bezieht. Denn es heißt darin: „auch, wo er sich auf Documenta beziehet, dieselbe sogleich

---

höchstschädlichen Prozessen und zwar aus den von dem Kammergericht in ihren eingeschickten Considerationen angeführten und mehrerer Ursachen und Motiven nicht undienlich zu seyn, daß die Probatorien jederzeit una cum libello in primo termino vorzubringen seyen."

In dem Calenbergischen Votum kommt folgende Stelle vor: „Weil nun der Hauptzweck der Reformation sey; studium abbreviandorum processuum und der alleinige finis, warum die Klage benebenst der Citation dem reo solle communicirt werden, ut reus deliberet, an cedere an contendere velit, solches aber immer besser als ex inspectione documentorum — geschehen könne — als wollte man dafür halten, daß — neben dem Klaglibell zugleich auch besagte jura, so in Briefen bestehen, präcise zu übergeben wären rc." S. Neurod a. a. O. S. 161 — 163.

wenigstens in copia beilegen." Auch der §. 11. deutet darauf hin. Der Gesetzgeber erklärt darin, daß das Instrument auch noch innerhalb des Beweis-termins beigebracht werden könne und so dient die nothwendige Annahme, daß sich beide Gesetzesstellen gegenseitig bedingen und beschränken, zur bestimmten Beantwortung der Frage, zumal, wenn man den Ausdruck im §. 11. „wo möglich" berücksichtigt. Denn indem der Gesetzgeber darin vorschreibt, daß die Urkunde „wo möglich" mit der Klage (oder Exception) beigebracht werden soll, meinte er wohl den Fall der eignen Angabe des Klägers in der Klage, daß er dazu im Stand sey, indem er annahm, daß die Parthie, die sich in einer Eingabe auf eine Urkunde bezöge, dadurch im Allgemeinen zu erkennen gäbe, daß sie diese beizubringen vermöge.

§. 7.

Zu welchem Zweck soll aber diese Vorlegung geschehen? Soll sie zu dem Zweck stattfinden, den das römische Recht in Schutz nimmt, dem, daß der Beklagte in den Stand gesetzt werden soll, sich zu instruiren und zu beurtheilen, ob es dienlich sey, die Ansprüche des Klägers zu bestreiten? — Zweck der Abschneidung eines Rechtsstreites — oder soll sie zu dem Zwecke dienen, damit der Richter zu Abkürzung des Verfahrens möglichst bald eine rechtliche Ueberzeugung gewinne? — Anticipation des Beweises. Hinreichende Gründe rechtfertigen die letztere Annahme.

Die Prozeßordnung nimmt überhaupt an mehreren Stellen die möglichst schnelle Erledigung der Rechtssachen in Schutz [19]) und rechtfertigt schon da-

---

19) So heißt es Theil 1. Tit. 1. §. 2:

„Damit aber auch die Partheisachen bei unsern Aemtern und denen Untergerichten befördert werden und sich niemand über Aufenthalt zu beschweren Ursach haben möge ꝛc.“

und ebendaselbst §. 7:

„In andern mehr importirend und momentosen Sachen wird zwar der Schriftenwechsel, jedoch dergestalt, nachgegeben, daß dabei allerlei Weitläuftigkeiten unterbleiben;“

ferner im Verlauf dieses Sphi:

„mithin in allen Stücken auf die Abkürzungen der Prozessen verfahren werden solle;“

dann Theil 1. Tit. 5. 2;

„Damit aber auch hierunter unnöthige Verzögerungen so viel möglich vermieden bleiben, so sollen ꝛc.,“

und ebendaselbst §. 4:

„also soll auch zur bessern Erreichung des dadurch intendirten Zwecks, nämlich der Prozesse möglichster Dinge abzukürzen ꝛc.“

Schon in der Accidentalordnung vom Jahr 1662 heißt es: „sollen unsere Beamten schleunig und ohne vorsetzlichen Ufhalt entscheiden, ihnen (den Partheyen) selbst auch einige muthwillige Verzögerung, nicht gestatten, sondern in allen Verhören, so viel immmer thunlich — schleunig durchgehen!“ ferner: „Ingleichen sollen unsere Beamten summarie und schleunig procediren und alle Sachen dahin richten, daß zum

durch diese Annahme. Um aber allen Zweifel zu entfernen, so spricht sie ausdrücklich in Anwendung auf den Beweis diesen Zweck aus: Denn der Gesetzgeber sagt Theil 2. Tit. 5. (Wie und welchergestalt der Beweis geführt und damit verfahren werden soll) §. 1.

Und weilen zur Beschleunigung derer Processen sonderlich auch dieses dienet, daß der nöthige Beweiß wohl und ohne Weitläuftigkeit geführt werde. Als ordnen und wollen Wir, daß unsere Advocati und Procuratores ordinarii, so bald sie sehen, daß ihren Principalen die Führung des Beweises von Rechtswegen zukommt, wegen dessen Uebernehmung nicht ohnnöthiger Weiß zanken, vielweniger es darüber zur richterlichen Entscheidung kommen lassen, sondern in solchem Fall die Probation von freyen Stücken antreten und rechtlicher Ordnung nach führen sollen."

Und in dem folgenden §. 2., dessen bereits gedacht ist: „Damit jedoch die Sachen desto mehr befördert werden, hat ꝛc.").

Es ist also nicht zu verkennen, daß die Vorschrift den Zweck des anticipirten Beweises verfolgt und so diesen selbst gebietet [20]). Zum Ueberfluß beweiset

---

längsten innerhalb zwei Monaten die Sachen von ihnen beendigt werden."

20) Da der Zweck der Anticipation des Beweises dem andern, von dem römischen Gesetzgeber verfolgten,

dieses der Umstand, daß die gedachten §§. 2 und 11 die Vorschrift auch auf den Beklagten ausdehnen, was der Fall nicht hätte seyn können, wenn der Gesetzgeber, den andern Zweck, der nur den Kläger zum Handeln verbindet und den Vortheil des Beklagten involvirt, im Auge gehabt hätte.

§. 8.

Die fernere Frage: Welches Präjudiz ist an die Nichtbeobachtung der Vorschrift geknüpft? beantwortet sich durch die Stelle des §. 11 cit.

„oder daß dieselbe" (instrumenta) „nachmals ohue Beibringung besonderer und rechtsbeständiger Ursachen weiter gar nicht augenommen werden, sich ohnfehlbar gewärtigen sollen."

Der Rechtsnachtheil besteht darin, daß die Urkunde nicht mehe als Beweismittel dienen kann [21].

Zwecke nicht entgegen, vielmehr mit ihn verwandt ist, indem das Bestreben, Prozesse zu verhindern, mit der Tendenz, sie möglichst abzukürzen, gewissermaßen eine Quelle gemein hat, die Pflicht der legislativen Gewalt, durch Gesetze Uebel abzuwenden, so hindert nichts die Annahme, daß der Gesetzgeber, auch diesen zweiten Zweck verfolgt haben möge, den die proponirte Stadt- und Landgerichtsordnung verfolgt. (S. §. 3. und die Note 15 dazu.)

21) Sollte man etwa dagegen einwenden, daß diese Stelle der Prozeßordnung blos die Nichtbeibringung der Urkunde im Beweistermin mit diesem Rechtsnachtheil bedrohe, nicht aber die Unterlassung der, an ei-

ner ganz andern Stelle vorgeschriebenen Beibringung derselben mit der Klage, so läßt sich nicht nur einwenden, daß anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe, indem er etwas gebiete, zugleich die nachtheiligen Folgen der Nichtbeobachtung der Vorschrift bestimmen wollen, sondern daß er auch durch die Recapitulation der Vorschrift des §. 2. im §. 11. („wo möglich, respective mit der Klag- und Exceptionsschrift, oder doch rc.“), hinreichend andeutet, daß das, was er im letzten §. vorschreibt, eine allgemeine Bestimmung seyn solle. Ihre Bedeutung ist die: Hat sich der Kläger in der Klage auf eine Urkunde bezogen, so soll er verbunden seyn, sie mit der Klage beizubringen. Ist dieses nicht der Fall, so soll diese Beibringung innerhalb der Beweisfrist geschehen. In beiden Fällen (das Wort „respective“ deutet hinreichend an, daß der Gesetzgeber im §. 11. beide Wechselfälle umfaßt) soll die unterlassene Beibringung die Folge haben, daß die Urkunde nicht mehr als Beweismittel dienen kann.

Mehrere Partikulargesetzgebungen z. B. die Mecklenburgischen (s. §. 2. N. 7) schreiben dasselbe vor.

III.

Einige Worte über den Gegenbeweistermin nach der Natur der Sache und Großherzoglich Hessischen Prozeßgesetzen.

Von Hofgerichtsadvokaten Theobald in Darmstadt.

Nicht allein die Großherzoglichen Untergerichte, sondern auch die Großherzoglichen Hofgerichte, und das Oberappellationsgericht binden in ihren Beweisinterlocuten, wenigstens in den meisten Fällen, die Frist zur Antretung des directen Gegenbeweises, an die Frist zur Antretung des Beweises.

Daß solches der Natur der Sache, so wie unseren Prozeßgesetzen nicht entspricht, ist gewiß. Nur erst dann kann und muß hiernach eine peremtorische Frist zur Antretung des directen Gegenbeweises von dem Richter angesetzt werden, wann solcher die Antretung des Hauptbeweises dem Produkten zur Erklärung mittheilt und (wenigstens nach hiesigen Prozeßgesetzen) wenn beim Zeugenbeweise die Zeugen entweder durch richterlichen Bescheid, oder doch *salvis exceptionibus*, zugelassen worden sind.

Den Beweis, daß nur dieses der Natur der Sache entspricht, kann ich wohl am besten durch die Worte des trefflichen

Bayers Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, München 1828 pag. 421 und 422,

führen. Dieser sagt:

„Daß der Richter auch zur Antretung des Gegenbeweises eine peremtorische Frist vorschreiben darf, und zur Abkürzung des Verfahrens selbst vorschreiben soll, ist nicht zu bezweifeln, Indessen ist man doch über den Zeitpunkt, wann dieses geschehen soll, nicht einig. Auf jeden Fall ist hierbei der directe Gegenbeweis vom indirekten zu unterscheiden. Der erste ist unmittelbar gegen den Hauptbeweis selbst gerichtet, setzt also auf Seite des Produkten sowohl Kenntniß des Inhaltes des Hauptbeweises, als auch der hierzu vorgeschlagenen Mittel voraus. Daraus folgt, daß die Frist dazu noch nicht in dem Interlokute, worin der Hauptbeweis selbst auferlegt wird, sondern erst in dem Dekrete zweckmäßig vorgeschrieben werden kann, welches die Antretung des Hauptbeweises dem Produkten mittheilt.

Schneider vom rechtlichen Beweise §. 713 ff. Anders verhält sich die Sache beim indirekten Gegenbeweise. Dieser ist seinem Inhalte nach von dem Hauptbeweise unabhängig, und kann ohne Kenntniß der Einrichtung des letzteren mit voller Sicherheit angetreten werden. Da nun durch eine gleichzei-

tige Verhandlung beider Beweise das Verfahren bedeutend abgekürzt wird, so scheint es am zweckmäßigsten zu seyn, die Frist zu diesem Gegenbeweise zugleich mit der Frist für den Hauptbeweis vorzuschreiben. — Die Gründe, welche man für einen Aufschub des indirekten Gegenbeweises bis nach vollführtem Hauptbeweise angeführt hat,

S. bes. von Gönner Handbuch II. Abh. 42. §. 4.

scheinen gegen den Vortheil der Prozeßverkürzung nicht erheblich genug zu seyn, und auch die Analogie der Eventualmaxime gegen sich zu haben."

Mit diesen aus der Natur der Sache geschöpften Gründen stimmt auch die Großherzoglich Hessische Prozeßordnung vom Jahr 1824 vollkommen überein.

Sie sagt nämlich im zweiten Theil, fünften Titel, §. 8:

„Sollte, nebst diesem, auch der Productus Articulos reprobatiorios cum denominatione testium übergeben wollen, so soll er solches, wie im §. 5 dieses Titels dem Producenten auferlegt werden, ebenfalls auf einmal, und zwar damit die Publicatio attestatorum zu Verzögerung der Sachen, wie oftmahlen geschehen, nicht verhindert werde, sobalden post admissionem testium probatorium intra terminum ordinis bewirken, oder hernachmahlen, ohne Beibringung rechtsbeständiger Ursachen und darauf er-

folgenden richterlichen Erkänndnus, damit weiter nicht zugelassen, noch gehört werden; —"

Hieraus, und aus den §§. 6 und 7 desselben Titels der Prozeßordnung geht klar hervor, daß dem Produkten, bevor er direkten Gegenbeweis durch Zeugen antritt, zuerst die Beweiszeugen und der Beweisartikel bekannt und erstere zugelassen seyn müssen.

Wenn gleich die obige Stelle unserer Prozeßordnung nur von dem Beweise und dem direkten Gegenbeweise durch Zeugen spricht, — wenn sie sich gleich, verglichen mit der Prozeßordnung Theil III. Tit. III. §. 1, nur auf die höheren Gerichte beziehet, so bin ich doch der Meinung, daß solche nicht nur auf jeden Beweis und direkten Gegenbeweis ausgedehnt werden, sondern auch bei den Untergerichten zur Richtschnur dienen muß.

Dafür, daß sie auch auf Beweise und direkte Gegenbeweise durch andere Mittel, als durch Zengen, z. E. durch Urkunden, ausgedehnt werden muß, spricht schon die Natur der Sache, und daß in der ganzen Prozeßordnung von 1724 keine besondere auf andere Beweis- und Gegenbeweismittel bezügliche Stellen vorkommen. Ohnedies kann ja auch der Produkt, welcher direkten Gegenbeweis führen will, und der Richter, bevor der Producent seinen Beweis angetreten hat, nicht wissen, ob letzterer seinen Beweis durch Zeugen, oder durch andere Beweismittel antreten werde. Auch

steht die Mittheilung z. E. der Beweisantretung durch Urkunden an den Produkten, zur Erklärung der Mittheilung der Beweisantretung durch Zeugen und der Zulassung der Zeugen, vollkommen gleich, indem der Richter keinen irrelevanten Beweis durch Urkunden dem Produkten zur Erklärung mittheilen soll.

Dieselben Gründe sprechen für die Ausdehnung des §. 8 auf die hessischen Untergerichte.

Ich hoffe, daß die vorangeführten Gründe sich gegen das bisherige Verfahren der hessischen Gerichte geltend machen. Welche nachtheilige Folgen durch dasselbe für die Partheien entstehen, ist mir dadurch recht klar geworden, daß mir selbst Fälle vorgekommen sind, wo die direkte Gegenbeweisfrist an die Beweisfrist gebunden war, und wo der Beweisführer seinen Beweis auf Schlüsse aus faktischen Prämissen, welche er zu beweisen versuchte, baute. Diese letzteren faktischen Prämissen kannte nun der Reproduzent bei Antretung seines direkten Gegenbeweises nicht, konnten mithin auch solchen nicht dagegen richten, ob er gleich Mittel genug dazu in Händen hatte. Dasselbe gilt, wenn der Beweis durch Eideszuschiebung angetreten wird. Denn es ist bekannt, daß die Gewissensvertretung durch Beweis mehr erfordert, als der direkte Gegenbeweis. Hat nun der Produkt seine Gegenbeweisantretung schon in dem Beweistermin eingegeben, so

kann er genöthigt seyn, dieselbe zurückzunehmen, und eine andere Beweisantretung einzureichen.

Geschrieben im October 1830.

IV.

Ueber die Widerruflichkeit der Eheberedungen nach dem Landrecht der oberen Grafschaft Katzenelnbogen.

Von Hofgerichtsadvokaten H. K. Hoffmann II. in Darmstadt.

Je kleiner der Bezirk ist, in welchem dieses Landrecht gilt, je geringer also die Theilnahme, welche wissenschaftliche Bearbeitungen desselben finden können, und je seltener daher diese sind, desto größer muß das Bedürfniß derselben seyn, wo in einem gegebenen Falle die Anwendung ohne wissenschaftliche Behandlung der Quelle nicht möglich ist. Dieß war in Bezug auf die hier zu erörternde Frage seit kurzem bei mehreren sehr bedeutenden Erbschaften der Fall und da diese Frage aus den, unten (§. 9.) angedeuteten Gründrn, leicht immer häufiger vorkommen könnte, so dürfte dem Versuche, sie zu lösen,

der geringe Raum, welchen er hier einnimmt, wohl zu gönnen seyn.

§. 1.

Im Landrecht für die obere Grafschaft Katzenellenbogen kommen folgende Stellen vor: Theil II., Tit 1. §. 4.

Obwohl die Eheberedungen, darin die Eheleute einander alle, oder den mehreren Theil ihrer Güter nach ihrem Tode erblich verschaffen, im Rechten unkräftig sind, so wollen wir doch, da nichts destoweniger eins dem andern oder sie beide einander ihre Güter alle oder zum Theil dergestalt verordnet hätten, daß solches auf den Fall erst bündig seyn soll,

wenn eins vor dem andern ohne Kinder oder Eltern

item ohne Testament, oder einem andereren rechtmäßigen letzten Willen, Todes verfahren, und also diese seine Verschaffung mit dem Tode bekräftigen wird.

Der Ausdruck dieser Stelle ist in hohem Grade unlogisch, durch das Wörtchen „erst", ihr Sinn aber nichts destoweniger klar genug:

Was in Eheberedungen auf den Todesfall vermacht ist, soll nur gelten, wenn der verstorbene Gatte weder Kinder noch Eltern hinterläßt, und diese Verordnung nicht widerruft durch Testament u. s. w.

Damit ist deutlich genug ausgesprochen:

er kann sie widerrufen.

§. 2.

Dieß bestätigend sagt §. 17 im 5. Titel (von Testamenten und andern letzten Willen):

Desgleichen sollen die Eheberedungen, so mit Bewilligung beider Eheleute in stehender Ehe nicht geändert, sondern bis zu ihrem Ende also blieben, wenn sie keine Kinder oder Eltern verlassen, in Kraft eines letzten Willens passiren, wie solches droben weitläufiger vermeldet worden.

Diese letzten Worte, welche sich nur auf die so eben ausgehobene Stelle beziehen können, beweisen deutlich, daß deren Inhalt dem Gesetzgeber auch bei Abfassung des Titels von Testamenten, vollkommen gegenwärtig war, und um so auffallender muß also seyn, daß er ihn in dem, unmittelbar auf den zuletzt ausgezogenen §. 17 folgenden §. 18 zu widerrufen scheint.

§. 3.

Dieser lautet nämlich wie folgt:

Darneben nichts destoweniger einem oder dem andern der Eheleute frei stehn soll, ferner seinen letzten Willen auf vorgesetzte Form zu erklären; doch daß er oder sie dadurch der vorhin aufgerichteten Eheberedung, oder wenn keine vorhanden wäre, unsrem Landrecht an dem, so seinem hinterlassenen Ehegemächt gebührt, nichts

entziehen, denn thäte er, oder sie das, soll solches von Unkräften seyn.

Diese Worte lassen keine andere Auslegung zu als: ein Testument ist ungültig, insofern es entzieht, was nach der Eheberedung dem Ueberlebenden gebührt, nnd hierin scheint denn allerdings ein Widerspruch zu liegen.

§. 4.

Es liegt aber auch ein — noch scheinbarerer — Widerspruch in den beiden zuerst (§. 1. 2.) ausgehobenen Stellen, indem die erste offenbar ein einseitiges Zurücknehmen gestattet, die zweite nur von einem gleichzeitigen beider Gatten spricht.

Im Jahr 1792 erkannte das damalige Oberamt Lichtenberg ein Testament für ganz ungültig, weil über den Gegenstand desselben eine Eheberedung vorlag, die es aber nicht einmal wesentlich abgeändert hatte. Dieß Urtheil wurde rechtskräftig, ein dadurch veranlaßter neuer Rechtsstreit kam bis in die höchste Instanz, wo der Geheime Tribunalrath Höpfner, als Referent, jenen Urtheilsspruch nicht billigte und die Ansicht aufstellte, daß jenes Testament in keinem Falle nnbedingt, sondern höchstens nur insofern hätte umgestoßen werden sollen, als es mit der Eheberedung im Widerspruch gestanden hätte.

In dieser Relation erklärte Höpfner die erste und dritte der oben ausgezogenen Stellen für vereinbar, die erste und zweite nicht.

Ich werde untersuchen

A) ob die Vereinigung der ersten und dritten, auf die von ihm angedeutete Weise, möglich,

B) die der ersten und zweiten aber wirklich unmöglich sey?

§. 5.

zu A), Höpfner findet die Vereinigung dieser Stellen darin, daß man annimmt, in der dritten Stelle werde nur verordnet:

> Eheberedungen, welche nicht de futura successione, sondern von andern Gegenständen handeln, sollen nicht durch ein Testament aufgehoben werden können.

Wäre diese Bemerkung nicht so sehr flüchtig hingeworfen, so würde sie, nach dem übrigen Inhalte der Relation wohl richtiger so ausgedrückt worden seyn:

> insofern Eheberedungen Verfügungen auf den Todesfall enthalten, sind sie nicht als Verträge, sondern als Testamente zu behandeln, sie sind deswegen zwar nicht verboten, aber sie verbinden den Versprechenden selbst nicht weiter, als er schon durch das Landrecht gebunden war.

§. 6.

Daß diese Auslegung und Vereinigung vollkommen richtig sey, ergiebt schon eine genauere Betrachtung des Zusammenhanges, in welchem die erste der ausgehobenen Stellen im Landrecht vorkommt.

In dem ihr unmittelbar vorhergehenden §. 3. (I. 1.) wird nämlich gesagt, daß es einem verlobten

Paare frei stehe, entweder blos auf das Landrecht zu heirathen, nder eine besondere Eheberedung zu machen. Im ersten Falle sollen sie doch zu Vermeidnng künftigrr Streitigkeiten ihr zusammengebracht werdendes Vermögen aufzeichnen. Nun fährt der oben erwähnte §. 4. fort:

> Wollten sie aber zu mehrerer Richtigkeit sich eines Heirathsbriefs oder Abrede vergleichen, so sollen die Eltern, Vormünder, Freunde, oder die künftige selbsten eigentlich namhaft machen, was eines dem andern zur Brautgift (dos) und Widerlegung (don. pr. nupt.) zubringe, auch wie es damit auf die Todesfälle gehalten werden, im Beiseyn dero Freunden oddr andrer redlichen Leute, ausdrücklich erklären und alles ordentlich aufschreiben lassen.

Nun folgen eiuige, die innere und äussere Form der Eheberedungen betreffende Vorschriften, und dann erst die oben (§. 1.) ausgehobene Stelle.

§. 7.

Die Absicht des Gesetzes ist also unverkennbar folgendes zu verordnen:

1) wenn Leute sich ohne besondre Eheberedung verheirathen, so werden ihre Vermögensverhältnisse nach den Vorschriften des Landrechts beurtheilt,

2) wollen sie die Bestimmungeu des Landrechts nicht gelten lassen, so müssen sie Eheverträge errichten,

3) diese Eheverträge sollen dann enthalten

a) Bestimmung dessen, was die Ehegatten, (die nicht nach Landrecht leben wollen) sich an dos und donatio propter nuptias gegenseitig zubringen,

b) wie es damit und überhaupt auf den Todesfall gehalten werden soll.

4) Damit ist aber nicht gesagt, daß diese gegenseitiger Beabredung auf den Todesfall das in dieser Hinsicht geltende gemeine (römische) Recht aufheben soll, im Gegentheil gelten diese Verfügungen auf den Todesfall nur als Testamente, und auch das nur, wenn der zuerst sterbende Ehegatte keine Kinder oder Eltern hinterläßt.

Hält man damit den angeführten §. 17 (s. oben §. 2.) zusammen, und bemerkt man, daß derselbe nicht sagt, Testamente dürften nichts von alle dem widerrufen, was in den Eheberedungen festgesetzt ist, sondern nur:

> es dürfe dadurch dem andern Ehegatten nichts entzogen werden, was ihm nach Inhalt der Ehepacten, oder des Landrechts, gebührt,

so braucht man die Worte noch gar nicht zu pressen, um diese Stelle auf dasjenige zu beschränken, was der andre Ehegatte schon durch Eingehung der Ehe sofort rechtlich erworben hat, denn mehr gebührt ihm ja nicht, eben weil alles mehrere widerruflich ist.

§. 8.

Hiergegen könnte eingewendet werden, daß das

Landrecht schon den Ehegatten Erbrechte zugestehe, daß dieser §. den Inhalt der Eheberedungen den Bestimmungen des Landrechts vollkommen gleichstelle, daß also auch diese, mit gleicher Kraft, Verfügungen auf den Todesfall müßten anordnen können. Denn im umgekehrten Falle würde der Gesetzgeber ihrer hier gar nicht haben erwähnen könneu, wo ja blos von der Gültigkeit solcher, auf den Todesfall getroffenen Verabredungen gehandelt wird.

Dieser Einwurf verliert jedoch allen Schein, wenn man erwägt, daß Eheberedungen das Landrecht auch blos theilweise abändern, ja sogar, daß sie blos dessen Bestimmungen wiederholen, also auch blos solche Verfügungen enthalten können, welche ohnehin schon nach gesetzlichen Vorschriften gelten mußten, und nun doch nicht um deßwillen unanwendbar werden können, weil sich der Wille der Betheiligten ausdrücklich dafür ausgesprochen hat.

Man denke sich den Fall, daß Ehegatten, die nach K. E. B. Landrecht leben, sich auf den Todesfall blos die halbe Fahrniß versprochen hätten; soll auch dieß ungültig seyn, obgleich das Gesetz ihnen die ganze zugesprochen hatte? Sie wollten sich ja blos weniger geben, keineswegs alles nehmen.

Ehepacten können also durch Erbsatzungen aufgehoben werden, insofern sie auf den Todesfall dem Ueberlebenden mehr, oder etwas andres verschaffen, als ihm schon durch das Landrecht zugesichert war.

§. 9.

Daß ursprünglich Verfügungen auf den Todesfall nur als ausserwesentliche und zufällige Bestandtheile von Eheberedungen betrachtet worden seyen, geht daraus hervor, daß sie wiederholt anbefohlen werden mußten, s.

Verordnung vom 1. April 1692.

Centr. Regl. vom 29. Nov. 1769. §. 13.

Verordnung vom 25. März 1776.

Denn wären sie als das Wesentliche der Eheberedungen betrachtet worden, so hätten sie nicht wohl fehlen können, wenigstens würde gleichzeitig immer auch die Bestimmung der Brautgabe und Widerlage einer Einschärfung bedurft haben, wenn diese nicht als das allein oder doch mehr wesentliche, ohnehin stets gewahrt worden wäre.

Nachdem freilich die Verordnung vom 2. März 1795 §. 3 den Unterschied zwischen Dotal- und Paraphernal-Vermögen aufgehoben und dadurch dos und donatio propter nuptias ihre praktische Wichtigkeit eingebüßt hatte, mußte umgekehrt die Vorherbestimmung der Erbfolge als der wesentlichere Theil der Eheberedungen erscheinen und bald, in der Regel wenigstens, ihren ausschließlichen Inhalt ausmachen, eben dadurch aber ein Zweifel an der Widerruflichkeit solcher Verfügungen auf den Todesfall, veranlaßt werden, der denn in der oben beleuchteten dritten Stelle eine scheinbare Unterstützung, keineswegs aber seine Rechtfertigung finden kann.

§. 10.

Zu B). Ich muß gestehen, daß ich mir die hier geäußerten Zweifel unsers verehrten Höpfners nur aus dem Umstande erklären kann, daß derselbe blos in einer flüchtig hingeworfenen Bemerkung ausgesprochen wurde; bei genauerer Betrachtung der zweiten Stelle würde er gewiß verschwunden seyn.

Die erste der oben ausgehobenen und erläuterten Stellen sagt allerdings deutlich genug, daß Stiftungen auf den Todesfall, welche in Ehepacten enthalten sind, einseitig widerrufen werden können. Bliebe noch ein Zweifel übrig, so würde er durch §. 19 im 5. Tit. des 2. Theils entfernt werden. Denn hier wird sogar für den Fall, wenn ein wechselseitiges Testament errichtet und von dem einen Gatten durch Beibehaltung bis zum Tode, bestätigt worden ist, dem Ueberlebenden die Befugniß eingeräumt, seiner Seits eine neue, abweichende Verfügung zu treffen. — Natürlich nur soweit, als nicht durch den Tod des erst verstorbenen Gatten dritte Personen wirklich schon Rechte aus der Eheberedning oder dem Testament erworben haben, die durch Abänderung derselben beeinträchtigt werden würden. Diese Einschränkung ist es, was das Landrecht mit dem unpassenden Ausdruck „zu seinem halben Theil" bezeichnen will. Wenn nun eine Eheberedung auf den Todesfall durch einseitige Willkür abgeändert werden kann, so ist klar, das sie nur durch beiderseitige Uebereinstimmung ungeändert erhalten werden könne. Dieß

aber, und nicht mehr und nichts anders als dieß setzt der oft angeführte §. 17 (die 2. Stelle) als factische Prämisse für ihre Entscheidung voraus und kommt dadurch in den vollständigsten Einklang mit der ersten und dritten Stelle.

§. 11.

Das Ergebniß dieser Betrachtungen ist folgendes:

1) Eheberedungen sollen enthalten:

a) Bestimmungen über die Vermögensverhältnisse während der Ehe,

b) Anordnungen über die Erbrechte der Ehegatten.

2) Die Bestimmungen der ersten Art gelten als wahre Verträge, sind unwiderruflich.

3) Hinsichtlich der, auf den Todesfall getroffenen Anordnungen muß unterschieden werden:

a) soweit sie nicht mehr und nichts anders enthalten, als nach Landrecht schon dem überlebenden Ehegatten gebührt, sind sie unwiderruflich. Sehr natürlich! Denn wenn das Testament wegfällt, so tritt die gesetzliche Erbfolge ein.

b) Soweit sie dem überlebenden Gatten mehr versprechen, als ihm nach Landrecht gebührt, oder die ganze Erbfolge ändern, sind sie als blose Testamente widerruflich.

4) Von diesem Widerruf ist zu bemerken

a) daß er nach Analogie der Testamente einseitig geschehen kann,

b) daß er vermuthet wird, wenn der vorverstorbene Gatte Eltern oder Kinder hinterläßt.

§. 12.

Dieser letzte Satz bedarf einer näheren Begründung insofern, als zweifelhaft seyn könnte, ob die 1. und 2. der hier erörterten Stellen wirklich blos eine gesetzliche Vermuthung des beabsichtigten Widerrufes, oder ob sie ein Verbot enthalten sollen, dem überlebenden Gatten mehr, als ihm nach Landrecht gebühret, für den Fall zuzuweisen, wenn der Erstverstorbene Eltern oder Kinder hinterlassen wird?

Da das Landrecht Eheberedungen, sofern sie Verfügungen auf den Todesfall betreffen, ausdrücklich überall als Testamente behandelt, bei Testamenten aber eine solche Willkür verstattet ist, wenn nur die Rechte der Notherben auf Einsetzung und Pflichttheil nicht beeinträchtigt werden; so liegt kein Grund vor, sie auch in dieser Beziehung hiernach zu behandeln, und dafür hat sich denn auch die oben §. 4. angeführte Relation, und — vielleicht nach ihr — die Praxis übereinstimmend ausgesprochen, indem sie Enterbungen und Einsetzungen auf den Pflichttheil, auch in Eheberedungen anzuordnen erlauben.

V.

Rechtsfälle.

A.

Ist ein ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers errichtetes ortsgerichtliches Testament nach dem Landrecht der Obergrafschaft Katzenelnbogen rechtsgültig?

Vom Herausgeber.

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

Die Ehefrau des J. T. in Rüsselsheim, Susanna T. starb mit Hinterlassung eines, unterm 8. Januar 1820 vor dem Ortsschultheißen und 4 Gerichtsschöffen errichteten, Testaments, worin sie den P. G. daselbst zu ihrem Erben einsetzte.

§. 2.

Geschichte des Rechtsstreites in erster Instanz.

Nach Eröffnung dieses Testaments trat die Ehefrau des J. D. daselbst, eine Schwestertochter der Erblasserin, im Jahr 1824 bei dem Landgericht G. gegen den Testamentserben mit einer Klage auf, worin sie vorzugsweise auf den Grund hin, weil das

Landrecht der Obergrafschaft Katzenelenbogen Theil 2. Tit. 5. §. 6. 8. und 9. vorschreibe, daß außer dem Schultheißen und 4 Gerichtspersonen auch der Gerichtsschreiber bei der Aufnahme des Testaments gegenwärtig seyn, den letzten Willen protokolliren und in das Gerichtsbuch eintragen solle, daß aber bei der Errichtung des Testaments ihrer Tante kein Gerichtsschreiber zugegen gewesen, um Erkennung dahin bat, daß diese Disposition nichtig sey und demnach die Intestaterbfolge eintrete.

Der Beklagte setzte generellen Widerspruch entgegen und stellte die Beurtheilung der Rechtsfrage dem Richteramt anheim.

Statt Gegen- und Schlußerklärung wiederholten beide Theile priora.

§. 3.

Entscheidung des Gerichts erster Instanz und Entscheidungsgründe.

Hierauf erkannte das Landgericht unterm 14. Januar 1825 dahin:

„Daß, da die Bestimmung des Landrechts für die Obergrafschaft Katzenelenbogen Theil 2. Tit. 5. §. 6. 8. und 9. wonach zu einer ortsvorständlichen Testamentserrichtung außer dem Schultheißen und 4 Gerichtsschöffen auch noch der zeitige Gerichtsschreiber zugezogen werden solle, darum, weil das Instiiut der Gerichtsschreiber längst aufgehoben worden, ihre praktische Bedeutung und Anwendbarkeit verloren habe — der von der Susanna T. zu

Rüsselsheim errichtete letzte Wille vom 3. Januar 1820 für zu Recht beständig zu erachten — sey."

§. 4.

Verhandlung in zweiter Instanz.

Gegen diese Entscheidung ergriff die Klägerin die Appellation an das Mittelgericht. Zur Rechtfertigung ihrer Beschwerde, daß nicht, ihrer Klagbitte gemäß, das Testament der Erblasserin für nichtig erkannt worden sey, trug sie hauptsächlich vor: Der wesentliche Grund, aus dem die Gesetzgeber die Verfügungen auf den Todesfall, namentlich die Testamente, mit vielen Förmlichkeiten umgeben hätten und für das Daseyn eines letzten Willens stärkere Beweise, als für das Daseyn von Rechtsgeschäften unter Lebenden erforderten, bestehe bekanntlich darin, weil sie die Gewißheit des Willens bei Rechtsgeschaften, welche erst dann in Wirksamkeit träten, wenn ihr Urheber nicht mehr leben und so keine Einsprache mehr thun könne, möglichst constatiren zu müssen geglaubt hätten. Von diesem Gesichtspunkt sey offenbar auch der Gesetzgeber des Landrechts der Obergrafschaft Katzenelenbogen ausgegangen und wenn er darin für Errichtung von Testamenten die Form beliebt habe, wornach das vorliegende Testament errichtet worden sey, so müsse sie als wesentliche und bei Strafe der Nichtigkeit gebotene Form betrachtet werden. Dieses gehe schon aus dem §. 4 hervor, wo es heiße:

„Da nun jemand —, so zum Testiren tüchtig,

sein Testament sonder Zierlichkeit der Rechten machen wolle, so ordnen und setzen wir, daß solches folgendermaßen geschehen möge"

und daß namentlich ein Gerichtsschreiber absolut abhibirt werden müsse, spreche unter anderm die Bestimmung des §. 8 aus:

„Würde aber an dem Ort, da der Testirer wohnete, kein Gerichtsschreiber seyn, mag er sich in dem Hauptflecken der Zent, darunter er seßhaft, oder anhero gen Darmstadt verfügen und daselbst vor Gericht auf der jetzt erzählten Formen eine sein Testament aufrichten."

Jedes Rechtsgeschäft sey wegen Mangels wesentlicher Erfordernisse in Ansehung des Inhalts oder de Form nichtig, das Gesetz möge diese Wirkung ausdrücklich vorgeschrieben haben oder nicht.

Weber: Ueber die natürlichen Verbindlichkeiten §. 74.

Daß aber bei Errichtung von Testamenten alle vorgeschriebenen Förmlichkeiten als wesentlich auf das pünktlichste befolgt werden müßten, daß Nichtbeachtung Nichtigkeit derselben zur Folge habe, sey hinreichend bekannt:

Thibaut Pandectensystem §. 135.

Wer solle auch den mündlich zu Protokoll gegebenen letzten Willen, wer das Zugegenseyn des Schultheißen und der Gerichtsschöffen legalisiren u. s. w., wenn nicht der, allein zu Protokoll verpflichtete, Gerichtsschreiber vorhanden wäre. In dem Landrecht

sey gar nicht vorgeschrieben, daß der Testator, der Schultheiß und die Gerichtsschöffen das Protokoll unterschreiben sollten. Vielmehr habe nur der Gerichtsschreiber das Protokoll zu legalisiren. Er nur habe öffentlichen Glauben.

Der Unterrichter raisonnire: Wenn gewisse Einrichtungen, von denen der Gesetzgeber Gebrauch bei einer Testamentsform gemacht habe, wegfielen, wie dieses bei dem Gerichtsschreiber der Fall gewesen sey, andere aber, wovon der Gesetzgeber ebenfalls bei dieser Testamentsform Gebrauch gemacht habe, noch bestünden, z. B. der Ortsvorstand, so bleibe diese Testamentsform bestehen und nur das brauche von jener gesetzlich vorgeschriebenen Form bei Errichtung eines letzten Willens noch beobachtet zu werden, was dermalen noch bestehe, so, daß der noch bestehende Ortsvorstand allein, d. h. der Bürgermeister mit 4 Gemeinderäthen oder früher der Schultheiß mit 4 Schöffen das Testament aufnehmen und protokolliren könne. Allein diesem Raisonnement entgegen sey vielmehr zu behaupten, daß, wenn auch nur eine Einrichtung, die der Gesetzgeber zur Testamentsform gemacht habe, wegfalle, alsdann die ganze Form zu Grund gegangen sey und das Testament, ohne es der Nichtigkeit auszusetzen, nicht mehr durch den Gebrauch der Ueberbleibsel der alten Einrichtungen errichtet werden könne. Diese Behauptung beweise sich:

1) durch das Landrecht selbst. In dem angeführten §. 8 sey dem Testator geboten, dann, wenn in

seinem Wohnort kein Gerichtsschreiber sey, sich in den Hauptflecken der Cent oder nach Darmstadt zu begeben und da, wo sich einer befände, sein Testament zu errichten. Der Gesetzgeber habe daher für diesen Fall, wenn gleich Schnltheiß und Gerichtsschöffen dort am Wohnorte seyen, den Gebrauch der Testamenlsform an diesem Wohnort untersagt. Hieraus folge, daß nach der Absicht des Gesetzgebers diese Testamentsform überhaupt wegfalle, wenn es keine Gerichtsschreiber mehr gebe.

2) Durch den allgemeinen Grundsatz, daß dann, wenn die Bedingung des Gesetzes, — die durch das Gesetz angeordneten Testamentsform — wegfiele, das Gesetz selbst (die Testamentsform selbst) wenigstens in ihrer Anwendung wegfiele, ohne daß es eines abschaffenden Acts der gesetzgebenden Gewalt bedürfe.

Thibaut Syst. des Pand. R. §. 37.

Schweppe Römisches Privatrecht §. 22.

Wenn das Institut der Gerichtsschreiber wieder eingeführt würde, so würde auch die abgeschaffte Testamentsform wieder aufleben. Sowie Verordnungen des römischen Rechts, welche sich auf die alte römische Staats- und Gerichtsverfassung bezögen, als erloschen anzusehen seyn, so sey das Gleiche bei Partikulargesetzen und vaterländischen Einrichtungen anzunehmen.

3) Durch die Gewißheit, daß, wenn, das Institut der Gerichtsschreiber als bestehend vorausgesetzt, das Testament auf die Art, wie es geschehen, errich-

tet worden wäre, es nichtig sey, woraus mit Nothwendigkeit folge, daß mit dieser Einrichtung das, nach dieser Testamentsform errichtete Testament selbst wegfallen müsse.

§. 5.

Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz.

Hierauf erkannte das Gericht zweiter Instanz untern 18. März 1826 reformirend dahin, daß das, von der Susanna T. zu Rüsselsheim errichtete, Testament vom 3. Januar 1820 für nichtig zu erklären sey u. s. w.

§. 6.

Entscheidungsgründe des Gerichts zweiter Instanz.

Die Entscheidungsgründe dieses Urtheils sind in dem Gutachten des Referenten enthalten, mit dessen Ansicht sich Correferent und das Gericht überhaupt einverstanden erklärte. Dieses Gutachten gieng davon aus, der Testator müsse bei Errichtung seines lotzten Willens sich streng an die, von dem Gesetz vorgeschriebenen, Formen halten. Solche Gesetze seyen streng auszulegen uud bei Auslegung derselben seyen möglichst die Worte zu berücksichtigen, da die Formen lediglich darum vorgeschrieben seyen, um nach ihnen die Gültigkeit des Geschäfts beurtheilen zu können. Fehle es also an einer dieser Formen, so müsse auch das Geschäft als ungültig angesehen werden. Denn gerade darum, weil das Geschäft, bei dem gewisse Formen beobachtet werden sollten,

seinem Inhalt nach auch ohne diese Formen bestehen könne, müsse angenommen werden, der Gesetzgeber habe, diese vorschreibend, verlangt, daß an ihre Nichtbeachtung die des Geschäfts selbst sich knüpfen solle.

Obgleich das Institut der Gerichtsschreiber nicht mehr existire, so sey dessen Adhibirung nun einmal eine wesentliche Form. Das Landrecht schreibe im zweiten Theil Tit. 5. §. 5. vor, daß bei Errichtung eines Testaments vor dem Ortsgericht der Gerichtsschreiber dasselbe schreiben solle. Der §. 6 verordne, daß der Gerichtsschreiber das Testament in das Gerichtsbuch eintragen und dann wieder vorlesen soll. Der §. 8 bestimme, daß, wenn an dem Ort, wo der Testirer wohne, kein Gerichtsschreiber seyn sollte, er nach dem Hauptflecken der Cent oder nach Darmstadt gehen solle, um daselbst vor Gericht sein Testament zu errichten. Der §. 9 endlich schreibe vor, daß, wenn der Testator vor Gericht nicht erscheinen könne, er zur Errichtung seines letzten Willens den Schultheißen und neben dem Stadt- und Gerichtsschreiber vier Gerichtspersonen zu sich fordern solle. Aus allen diesen Vorschriften, deren Grund sich leicht darin finden lasse, weil Schultheißen und Gerichtspersonen als schlichte Landleute bei Errichtung solcher Scripturen gewöhnlich unerfahren seyen und so, während sie als Zeugen gerufen seyen, dir Zuziehung eines, dem Geschäft gewachsenen, die Formen wahrenden, Gerichtsschreibers nöthig sey, gehe

nicht nur hervor, daß dessen Zuziehung sehr nöthig sey, sondern auch, daß ihm die vorzüglichsten Arbeiten übertragen seyen. In neuerer Zeit sey nun dieses Institut der Gerichtsschreiber aufgehoben worden, so, daß die Erblasserin einen solchen nicht habe adhibiren können. Allein sie habe darum entweder von der gewählten Art der Testamentserrichtung ganz abgesehen, oder an die Stelle des Gerichtsschreibers einen verpflichteten Actuar, wenigstens außer dem Schultheißen fünf Gerichtsschöffen zuziehen müssen, da das Landrecht, die Person des Gerichtsschreibers mitgerechnet, sechs Personen nenne.

§. 7.

Verhandlung in dritter Instanz.

Gegen die Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz ergriff Beklagter das Rechtsmittel der Ober-Appellation, sich dadurch für beschwert erklärend, daß das Testament der Erblasserin für nichtig erkannt worden sey und um abändernde Entscheidung dahin anstehend, daß dasselbe als rechtsbeständig zu erklären sey. Zur Begründung seiner Beschwerde brachte er im Wesentlichen vor:

Als Grund, warum der Gesetzgeber, der die von ihm vorgeschriebenen Testamentsformen nirgends für wesentlich erkläre, indem er nirgends deren Nichtbeachtung mit Nichtigkeit bedrohe und durch die gebrauchten Ausdrücke „mögen, mag" im Gegensatz der nicht gebrauchten Worte „sollen, soll, muß" deren Beachtung dem Testirenden überlassen habe,

die Zuziehung eines Gerichtsschreibers erfordere, könne nur der aufgefunden werden, weil dieser die Protokollirung vornehme und das Testament beglaubige. Schultheiß und Schöffen hätten dagegen die Urkunde nicht zu unterzeichnen, nur dem Akt beizuwohnen. Wenn nun aber, wie im vorliegenden Fall, der Schultheiß zugleich das Protokoll geführt, das letztwillig disponirende Individuum die Urkunde selbst unterzeichnet, auch die zugezogenen Gerichtsschöffen sie unterschrieben hätten, so beweise doch wohl eine solche Urkunde eben so viel, wie eine solche, welche blos von dem Gerichtsschreiber unterzeichnet sey. Der Gesetzgeber habe nur von der Voraussetzung ausgehen können, daß Schultheiß und Gerichtsschöffen nicht hinreichend unterrichtet und fähig seyen, ein Testament aufzunehmen. Diese seyen aber in der jetzigen Zeit gebildet genug, um, da sie Urkundspersonen, die Functionen des Gerichtsschreibers zu versehen, der augenfällig nicht Urkundsperson sey. Kläger behaupte zwar, nur der Gerichtsschreiber sey zum Protokoll verpflichtet; allein auch der Schultheiß und die Gerichtspersonen seyen von dem Staat in Pflichten genommene Männer, denen, wenn sie in officio handelten, voller Glauben, selbst bei Gericht, geschenkt werden müsse. Kein Pfarrer im Großherzogthum Hessen sey zur Protokollsführung verpflichtet, nnd dennoch sey jeder Eintrag in die Kirchenbücher, jeder Auszug aus denselben eine vollständige beweisfähige Urkunde nnd man sey wohl längst

über die Idee hinaus, daß nur eine Person, welche aufs Protokoll verpflichtet sey, Glauben verdiene; man erkenne vielmehr die Beglaubigung jedes in Pflichten genommenen Dieners für glaubwürdig an, wenn solche bei Vornahme einer Amtsverrichtung stattgefunden habe.

Dieselbe gesetzgebende Gewalt, welche die Aufnahme der Testamente, durch (Orts=) Gerichtsschreiber anordne, habe das Institut der Gerichtsschreiber eingehen lassen, aus kein.m andern Grunde wohl, als, weil sie Gerichtsschreiber für unnöthig gehalten habe. Hätte sie diese Personen bei irgend einem Rechtsgeschäft, sey es inter vivos oder mortis causa, für nöthig erachtet, so würde dieß nicht geschehen seyn. Die gesetzgebende Gewalt habe mithin durch Aufhebung jenes Instituts stillschweigend erklärt, daß Gerichtsschreiber bei Errichtung von Testamenten nicht mehr beizuziehen seyen. Man müßte sonst dieselbe einer Nachlässigkeit, einer offenbaren Ungerechtigkeit zeihen, weil sie Formen vorschreibe, für deren Wahrung durch ihre Schuld die Mittel fehlten. Kläger berufe sich zwar auch auf den §. 8 des Landrechts, wornach sich der Testator im Fall der Ermangelung eines Gerichtsschreibers an seinem Wohnort, in den Hauptflecken der Cent, oder nach Darmstadt begeben solle. Wie aber, wenn der Fall des §. 9 eintrete, wenn der Testator, wie im vorliegenden Fall, krank und bettlägerig sey, oder wenn er auch an einem der angegebenen Orte

keinen Gerichtsschreiber finde? — In solchen Fällen bleibe nichts anders übrig, als die beabsichtigten Handlungen so einzurichten, wie sie nach dem Geist des Gesetzes vorzunehmen seyen. Daß dieser aber kein anderer sey, als der, eine hinreichende Urkunde zu erhalten, sey klar. Daß nach Aufhebung des Instituts der Gerichtsschreiber auch die sich auf deren Zuziehung beziehende Vorschrift des Landrechts als aufgehoben zu betrachten und unanwendbar sey, wäre nicht zu bezweifeln.

Die Gerichtsschreiber seyen bei allen und jeden von den Ortsgerichten vorzunehmenden Akten nöthig gewesen. Täglich seyen aber bisher Versteigerungen von den Schultheißen allein vorgenommen, Contracte der Art protokollirt worden, Einträge in die Hypothekenbücher geschehen 2c., ohne daß man deren Gültigkeit und Beweisfähigkeit bezweifelt hätte. Dasselbe gelte von Testamenten. Auch der Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht erkenne solche, in der Form, wie das vorliegende, für rechtsbeständig

§. 8.

Entscheidung in dritter Instanz.

Hierauf erkannte das oberste Gericht unterm 17. Mai 1827 dahin, daß die vom Beklagten gegen das Erkenntniß Großherzogl. Hofgerichts vom 18. März 1826 nachgesuchte Appellationsprozesse in der Hauptsache, jedoch mit dem Anhang, abzuschlagen seyen, daß demselben der Beweis des, in gegenwärtiger In

stanz behaupteten, den betreffenden Bestimmungen des Katzenelnboger Landrechts im Titel von Testamenten derogirenden, Gewohnheitsrechtes — unbenommen sey.

§. 9.

Die Gründe der Entscheidung in dritter Instanz

sind in dem Gutachten des Referenten enthalten, mit dem sich das Gericht einhellig einverstanden erklärte. Es erörtert in Folgendem die Streitfrage:

„Der klägerische Anwalt und auch der Hofgerichts-Referent vermissen — bei dem gegenwärtigen Testament hauptsächlich, daß — kein Gerichtsschreiber zugezogen worden ist. Sie erachten die Adhibirung desselben bei einem ortsgerichtlichen (vor Schultheiß und Schöffen errichteten) Testament für so wesentlich, die Unterlassung dieser Zuziehung für einen so bedeutenden Formfehler, daß er nothwendig die Nichtigkeit des Testaments nach sich ziehen müsse."

„Ich muß dieser Ansicht beipflichten. Nach den §§. des citirten Titels des Landrechts soll, wenn der Testirer in consessu des Ortsgerichts erscheint und wirklich seineu letzten Willen erklärt, der Stadt- oder Gerichtsschreiber solchen alsobald eigentlich aufschreiben, dem testatori öffentlich und verständlich vorlesen, nach erfolgter Genehmigung desselben, sofort ins Gerichtsbuch eintragen, und dann abermals dem Testirer und den Schöffrn vorlesen. — Dasselbe soll, nach §. 6 von dem Stadt- und Ge-

richtsschreiber in Gegenwart des Gerichts geschehen, wenn der Testirer seinen letzten Willen schriftlich, jedoch offen, übergiebt und solchen dem Gericht vorzulesen bittet. Der §. 8 verordnet, (was besonders merkwürdig ist), daß der Testirer, wenn an seinem Wohnorte kein Gerichtsschreiber seyn sollte, sich in den Hauptflecken der Cent oder nach Darmstadt verfügen, und daselbst vor Gericht, in einer der vorbemerkten Formen, sein Testament machen möge. Der folgende §. 9 berührt in specie den hier vorliegenden Fall. Hiernach soll der Testirer, wenn er Krankheits- oder anderer Ursachen halber vor dem Gericht (in consessu desselben) nicht erscheinen könnte, oder wollte, den Schultheißen und neben dem Stadt- oder Gerichtsschreiber, vier Gerichtspersonen zu sich erfordern, iu deren Gegenwart seinen letzten Willen mündlich erklären, oder auch verschlossen übergeben, mit der Bitte, solches dem ganzen Gericht vorzubringen, in das Gerichtsbuch zu schreiben, zu siegeln und zu verwahren, und der „Schultheiß, Stadt- oder Gerichtsschreiber auch erforderte Schöffen, bei Vermeidung ernstlicher Strafe, solches alles treulich verrichten, damit hiernächst kein Mangel erscheine." — Gleichergestalt soll, nach §. 10 der Stadt- oder Gerichtsschreiber die Antwort des Testirers auf die, ihm jedesmal von dem Schultheiß und Gericht vorzulegende Fragen, ob er zu seiner Verordnung nicht gezwungen worden, in das Gerichtsbuch eintragen."

„Aus allen diesen Vorschriften geht die Nothwendigkeit der Gegenwart des **Gerichtsschreibers** bei dem Akt der Testamentserrichtung und daß gerade **ihm** hierbei die vorzüglichsten Arbeiten übertragen waren, unwidersprechlich sehr deutlich hervor.“

„Es erhebt nichts, daß, wie der appellantische Anwalt bemerkt, das Landrecht überall nur die Ausdrücke: „**mögen**“ — „mag“ — nirgends aber die: „sollen“ — „soll“ — „muß“ gebraucht; denn eines Theils ist dieses nicht einmal durchaus wahr, indem das Wort „**soll**“ — „sollen“ hinsichtlich der dem Gerichtsschreiber zugewiesenen Function bei dem fraglichen Akt, namentlich in den §§. 5, 6, 9 und 10 wirklich gebrauchl wird, und dann liegt schon, in Verbindung mit dem Eingang des Landrechts, der ganze Inhalt und Zusammenhang des Titels von Testamenten, insbesondere der §. 1.

„als (so) haben wir unseren Unterthanen und sonderlich der Rechte Unerfahrnen zu Gutem, hierin kurz Maas und Formen **setzen wollen**, welchergestalten ein jeder ohne die zu Recht erforderte weitläuftige Zierlichkeiten aufs schlechteste — seinen letzten Willen erklären möge, **damit derselbige in Unsern Gerichten bündig und vor kräftig erkennt werden könne**,
so wie der §. 4.

„da nun jemand — sein Testament und letzten „Willen sonder Zierlichkeit der Rechten machen

„wollte, so ordnen und setzen Wir, daß sol-
„ches folgendermaßen geschehen möge“

klar vor Augen, daß die angegebene Form nicht etwa einen blosen Rath, sondern ein wirkliches Gebot in sich faßt, welchem, wenn von dem Richter ein, vor dem Ortsvorstand, oder einer Deputation desselben, errichteter, letzter Wille für bündig und kräftig erkennt werden soll, genau nachgelebt werden muß.“

„Gleich unerheblich ist auch der weitere Einwurf des Beklagten, daß das Landrecht nirgends die Nichtbeachtung jener Bestimmungen mit Nichtigkeit bedrohe. Dieß ist in dem schon von mir extrahirten §. 1 verb.

„damit derselbige (der letzte Wille) von unsern
„Gerichten bündig und vor kräftig erkannt wer-
„den könne“

allerdings deutlich genug geschehen, und anderntheils ist es bekannt, daß jedes Rechtsgeschäft, wobei die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, der Regel nach nichtig ist, wenn auch gleich das Gesetz dieses nicht ausdrücklich verordnet, — die Strafe der Nichtigkeit nicht ausdrücklich auf den Unterlassungsfall angedroht hat.“

L. 5. C. de legibus

Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74.

Daß dieses hauptsächlich von den Testamenten gilt, — daß hierbei die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten, eben, weil hierdurch (wie der kläge-

rische Anwalt in dem Appellationslibell vorderer Instanz richtig bemerkt), der Gesetzgeber die Gewißheit des Willens bei einem Rechtsgeschäft, welches erst dann in Wirksamkeit tritt, wenn der Urheber nicht mehr lebt und keinen Einspruch mehr thun kann, mehr sichern zu müssen glaubte, als bei Rechtsge schäften. die in der Regel schon bei Lebzeiten der Interessenten in Wirkung treten, und wo diese noch auch selbst ihre Gültigkeit anfechten können, — als wesentlich nicht blos zum Beweis, sondern zugleich zur Substanz des Testaments gehörende, Erfordernisse erscheinen, und als solche punktlich observirt werden mussen, — auch in dieser Hinsicht kein Unterschied stattfindet, ob das gemeine Recht oder ein Statut (Partikulargesetz) die Förmlichkeit verordnet, dieß bedarf keiner weiteren Ausführung.

Stryk. de cautel testam. C. 2. §. 2. C. 4. §. 2
Manzius de testam. valido vel inval. Tit. 4. §. 2. 4.
Consil. Tubing. Vol. II. Const. 164. No. 4.
„Statutum enim, quod solennitatibus ju-
„ris civilis in testamentorum confectione
„aliquid detrahit et alias formas condit,
„non minus, quam ipsum jus commune
„est servandum, ita, ut, si unum ex for-
„malibus requisitis deficiat, tota dispo-
„sitio corruat.“

„Mit anscheinend mehr Bedeutung könnte der Vorwand gemacht werden und ist derselbe zum Theil

wirklich gemacht werden, daß der Grund, warum der Gesetzgeber (Verfasser des Katzenelnboger Landrechts) bei einer ortsgerichtlichen Testamentserrichtung außer dem Schultheißen und (wenigstens vier) Schöffen, auch noch die Zuziehung des Gerichtsschreibers verordnet habe, in der Voraussetzung berufe, daß Schultheiß und Schöffen nicht hinreichend unterrichtet, und namentlich der Feder genug mächtig seyen, um ein Testament gehörig aufnehmen zu können, daß sich dieses jedoch bei fortgerückter Cultur geändert habe, daß daher auch die vormaligen Ortsgerichtsschreiber schon längst abgekommen und hiermit alle Funktionen derselben auf die Schultheißen übergegangen seyen, welche auch bisher Contracte jeder Art protokollirt, Versteigerungen vorgenommen, die Hypothekenbücher geführt &c. und hierbei überall vollen Glauben genossen hätten — daß mit der Aufhebung des Instituts der Gerichtsschreiber auch die, sich auf deren Zuziehung bestehende Vorschriften des Landrechts als von selbst aufgehoben und ungültig geworden zu betrachten seyen, und daß es eine wahre Ungerechtigkeit und Inconsequenz seyn würde, wenn die gesetzgebende Gewalt Formen vorschriebe, oder jetzt noch beobachtet wissen wollte, zu deren Wahrung durch ihre Schuld die Mittel fehlten."

„Ich kann indessen allen diesen Einwürfen kein Gewicht beilegen."

„Es mag wohl seyn, daß die Anstellung der Ortsgerichtsschreiber ursprünglich und im Allgemeinen,

wenn auch gleich nicht ausschließlich, den oben angeregten Grund gehabt, und dieser noch bei Abschaffung des Landrechts der Obergrafschaft Katzenelnbogen (im Jahr 1589)

Zangen Beiträge zum deutschen Recht Th. 2 *) p. 208 Not. *

Mittermaier, deutsches Privatrecht (2te Ausg.) p. 64. Not. 11.

bestanden habe. Dieß bestätigt insbesondere die, 18 Jahre früher (1571) publicirte und von dem Verfasser des Katzenelnboger Landrechts (Hess. Darmst. Kanzler Kleinschmidt) sichtbar benutzte, Solmf. Landesordnung **), wo Th. 1. Tit. 4, nachdem zuvor von dem Schnltheißen und Schöffen die Rede war, — gesagt wird:

„Dieweil auch an eines Gerichtsschreibers Person, sonderlich viel gelegen, nachdem die Schöffen an den Untergerichten oftmals mehrertheils weder schreiben noch lesen können, und also dem Gerichtsschreiber alles, so in die Gerichtsbücher soll eingetragen werden, vertraut und befohlen wird; So wollen wir, daß ein jedes Gericht, so oft bei demselben das Gerichtsschreiberamt erledigt wird, mit sonderm Fleiß wiederum nach einem frommen, — und geschickten Gerichtsschreiber, welcher sein Amt der Gebühr, auch laut nächstfolgenden Eides, wisse zu verrichten, trachten, den annehmen solle." —

---

*) Gießen 1792. S. Seite 9 dieses Bändchens.

**) S. das zweite Bändchen S. 9 — 11.

„Allein, daß die Ortsschultheißen und Schöffen doch damals schon, wenigstens in der Obergrafschaft Katzenelnbogen, nicht durchgehends und so ganz ungebildet — namentlich im Schreiben unerfahren gewesen seyen — daß auch dem Gerichtsschreiber keineswegs alle, bei den Ortsgerichten vorgekommenen Schreibereien übertragen gewesen sind, und nicht jeder Ort einen Gerichtsschreiber gehabt hat, dieß zeigt uns das Katzenelnboger Landrecht in mehreren Stellen. So soll z. B., nach Th. 1. Tit. 3. §. 2, Kaufcontracte über liegende Güter, im Mangel des Gerichtsschreibers, der Schultheiß, in Beiseyn des Gerichts, oder zweier Gerichtspersonen, in das Gerichtsbuch schreiben. — Auch nach Tit. 6. des nämlichen Theils §. 1 sollen von Schultheiß und Gerichten alle Hypothekirung der Güter in ein „sonderbar" Buch (das Hypothekenbuch) eingeschrieben werden. Nach Th. 2. Tit. 7. §. 2 sollen Verlassenschafts-Inventarien in Gegenwart des Schultheißen, Gerichtsschreibers und zweier Schöffen aufgestellt, und von ihnen sämmtlich, wenn sie alle schreiben können, oder von dem Schultheiß und Gerichtsschreiber allein unterschrieben werden Conf. noch Th. 2. Tit. 8. §. 5."

„Mag daher auch die gehörige Abfassung eines letzten Willens oft schwieriger seyn, als die eines Contracts, so ist dieß doch nicht immer der Fall, und gewiß gab es schon zur Zeit der Emanirung des Landrechts in einzelnen Orten Schultheißen, die eben

so qualificirt und der Feder gewachsen waren, als die Gerichtsschreiber, die gleichfalls nicht studirt hatten. Wenn nun dennoch das Landrecht in den eben angeführten Stellen bei den ortsgerichtlichen Testamenten so bestimmt und ohne Ausnahme neben dem Schultheißen und den Schöffen die Zuziehung des Gerichtsschreibers verordnet, und (Tit. 5. §. 8) den Testirer in dem Fall, daß sich in seinem Wohnort kein Gerichtsschreiber befinden sollte, anweist, sich in den Hauptflecken der Cent, oder nach Darmstadt zu verfügen, und hier sein Testament, in einer der vorliegenden Formen, vor Gericht aufzurichten so muß der Gesetzgeber hierzu doch wohl noch einen andern und wichtigeren Grund, als die blose Besorgniß der Incapacität des Schultheißen und der Schöffen gehabt haben und angenommen werden, daß derselbe den von ihm neugeschaffenen modus testandi vor dem Ortsvorstand nur im Fall und unter der Bedingung der Adhibirung des Gerichtsschreibers (einer verpflichteten dritten Person) und solchergestalt der Accession dessen öffentlichen Glaubens zu zu dem des Schultheißen und der Schöffeu, gestatten, und nur in diesem Fall, anderst aber nicht, dem Testament volle Integrität und Förmlichkeit einräumen wollte."

„Daß das Institut der Ortsgerichtsschreiber (ob in Folge ausdrücklicher Verordnung, oder aus welcher sonstigen Veranlassung? — dieß ist mir unbekannt) längst eingegangen ist, und die Schultheißen

(ich spreche von der Zeit vor Einführung der neuen Gemeindeordnung) bisher viele Geschäfte und Schreibereien besorgt haben, die, insoweit sie ihnen nicht schon in dem Landrecht, oder (z. B. die Protokollirung der Viehhändel und die Fertigung der s. g. Kaufnoteln) in dem Contracten-Reglement von 1770 zugewiesen worden sind, — früher die Gerichtsschreiber verrichteten, steht richtig. Auch soll es, nach Art. 30. der neuen Gemeindeordnung vom 30. Juni 1821, in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen da, wo bisher einzelne Handlungen der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. Ausfertigung von Hypotheken und Contracten) einem Mitglied oder Untergebenen des Ortsvorstandes übertragen gewesen sind, bis zu einer neuen Organisation dieser Geschäfte bei der seitherigen Einrichtung — jedoch so verbleiben, daß die Verrichtungen des gesammten Magistrats, oder Ortsvorstandes, stets an den Gemeinderath übergehen, — ohne daß hierbei für irgend einen Akt die Zuziehung eines besondereu verpflichteten Actuars vorgeschrieben wird. In dem Art. 17 wird es vielmehr lediglich dem Bürgermeister überlassen, die in seinem Amt vorkommenden Schreibereien selbst zu besorgen, oder durch einen, von ihm zu wählenden und von ihm zu bezahlenden Gemeindeschreiber besorgen zu lassen. — Allein daraus folgt eben noch nicht, daß hiermit auch die Functionen, welche das Landrecht bei der ortsgerichtlichen Testamentserrichtung, aus besonderen Gründen und als Form-

bedingung, den damaligen Gerichtsschreibern zuwies, auf den Schultheißen (nun den Bürgermeister) ebenfalls übergegangen seyen, und dieser, mit Zuziehung von vier Schöffen (Gemeinderäthen), jetzt allein ein Testament gültig aufnehmen könne."

„Ein Gesetz kann allerdings, auch ohne förmliche Aufhebung, seine Gültigkeit und Anwendbarkeit alsdann verlieren,

„wenn die Bedingungen weggefallen sind, auf
„und für welche es gegeben wurde."

Thibaut Pandektensystem, §. 87.

oder — wie sich Glück Erläut. der Pand. Th. 1. §. 93. ausdrückt —

„wenn der Gegenstand, nämlich die Personen
„oder Sachen, von denen das Gesetz redet, jetzt
„nicht mehr vorhanden sind." —

„Wende ich diese Grundsätze auf unsern Fall an, so kann ich mich nicht anders überzeugen, als, daß mit der Eingehung des Instituts der Gerichtsschreiber und hiernach dem Aufhören der Möglichkeit deren Zuziehung, als einer wesentlichen Bedingung der ortsgerichtlichen Testamentform und eines integrirenden Theils derselben, auch der ganze modus testandi seine Anwendbarkeit verloren habe, keineswegs aber blos die, sich auf die Adhibirung des Gerichtsschreibers beziehende Vorschrift des Landrechts als aufgehoben betrachtet und sonach ein Testament vor dem Ortsvorstand noch durch den Gebrauch der Ueberbleibsel jener Form gültig errichtet werden könne.

Der klägerische Anwalt hat dieß in seinem Appellationslibell voriger Instanz auch hier wieder mit Hinweisung anf den §. 8 des 5. Titels Theil 2 des Landrechts, auf die Prinzipien des gemeinen Rechts, und durch mehrere Beispiele, meines Erachtens so überzeugend, dargethan, daß ich mich auf dessen Ausführung lediglich beziehen zu können glaube."

„Auch der Vorwurf der Ungerechtigkeit, oder Inconsequenz, welcher der Staatsregierung darüber gemacht werden möchte, daß sie eine gewisse Form der Rechtsgeschäfte bei Nichtigkeitsstrafe gebiete, während sie die Möglichkeit deren Befolgung abschneide, ist ungegründet. Das Landrecht schreibt ja jene Form nicht ausschließlich vor. Es stellt es vielmehr in §. 1. des 5. Titels ausdrücklich Jedem frei, bei Aufrichtung seines letzten Willens „der gemeinen Rechte Verordnung zu folgen," also vor dem ordentlichen Richter (dem Justizamt) zu testiren, oder, wenn er (wie im §. 10 gesagt wird) „besseren Gefallens hätte, sein Testament vor anderen Personen" (als dem Ortsgericht und Gerichtsschreiber) zu nuncupiren, „sieben Gerichts- und andere Biedermänner zu sich zu erbitten," und (nach §. 11) zur Aufzeichnung seines letzten Willens, wenn er einen Notar nicht haben könnte, oder wollte, den Schultheiß, Pfarrer, oder Gerichtsschreiber des Orts zu nehmen. Im Fall der Noth, wenn keine 7 Zeugen zu haben sind, genügen auch 5. — und zu Sterbenszeiten (bei pestartigen Krankheiten) selbst 2 Manns-

personen nebst dem Pfarrer, wenn er zu haben ist."

„Es könnte etwa noch eingewendet werden, daß der Gerichtsschreiber immer doch nur der Actuar des Ortsgerichts (des Schultheißen und der Schöffen) gewesen sey, nach der, durch die Praxis bestätigten Meinung vieler und angesehener Rechtslehrer aber ein Testament von dem (ordentlichen) Richter allein, ohne Zuziehung des Actuars, gültig aufgenommen werden könne, und nicht abzusehen sey, warum, wenn einmal das Landrecht die Testamentserrichtung vor den Dorfgerichten (Ortsvorständen) gestatte, das nämliche nicht auch bei diesen gelten sollte."

„Aber auch dieser Einwurf kann nicht beachtet werden."

„Jene Meinung ist bekanntlich sehr bestritten, und meines Ermessens nur in dem Fall richtig, wenn der Richter, zugleich Actuar — auf die Protokollführung mit verpflichtet ist, sonach beide Functionen, des Richters und Actuars, in sich vereinigt."

Walch Controv. jur. civ. sect. 2. C. 4. membr. 3. §. 5.

Thibaut Pandectensystem §. 694.

Glück Erläuter. der Pand. Th. 6. §. 627. und 628.

Allein, wenn auch eine Analogie von den ordentlichen Civilgerichten auf die Ortsgerichte, namentlich von den wirklichen Justizbeamten auf die Dorfschultheißen, im Allgemeinen zulässig wäre, so müssen

doch selbst diejenigen Rechtslehr.r, nach deren Meinung bei einem gerichtlichen Testament die Adhibirung des Actuars nur cautelae, nicht absolute necessitatis ist, das letztere anerkennen, wenn solches die Gesetze, oder Observanz eines Landes, oder Orts, klar statuiren.

Conf. Schorch in sent. et resp. No. CXXXIV. 17. 18.

„Da nun dieses in dem Landrecht der Obergrafschaft Katzenelnbogen hinsichtlich der ortsgerichtlichen Testamente unläugbar geschieht — dasselbe die Zuziehung des Gerichtsschreibers ausdrücklich und so bestimmt vorschreibt, daß es in dem Fall, wo an dem Wohnort des Testirers — zwar Schultheiß und Schöffen, aber — kein Gerichtsschreiber vorhanden seyn sollte, den Gebrauch der gestatteten Testamentsform an diesem Ort ganz untersagt, so kann der Schultheiß, mag er auch für andere Geschäfte die Function des Gerichtsschreibers in seiner Person vereinigen und darauf mitverpflichtet seyn, doch bei Testamenten dessen Stelle nicht vertreten." *)

---

*) Am Schluß des Gutachtens trägt Referent wegen der Behauptung des Beklagten, daß der Gerichtsgebrauch und das Gewohnheitsrecht solche Testamente, welche, wie das vorliegende, blos von dem Schultheißen und vier Schöffen errichtet worden, für rechtsbeständig anerkenne, aus dem Grund, weil es keinem gegründeten Zweifel unterliege, daß durch eine legale

B.

Ist nach den Landesgesetzen und namentlich den Verordnungen vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776 ein Verschollener gleich nach zurückgelegtem siebenzigsten oder erst nach vollendetem neunzigsten Lebensjahre für todt zu achten und in welchem Zeitpunkt ist hiernach die Erbschaft als deferirt anzusehen?

Vom Herausgeber.

Die Verordnung vom 19. Februar 1774 ist des Inhalts: „Nachdem die Frage vorgekommen, ob und wiefern das Vermögen eines 70 Jahre lang Abwesenden dessen nächsten Erben und Anverwandten, auf deren Ansuchen, den Rechten nach mit oder ohne Caution zu verabfolgen sey? Und dann, wie bei den

---

Gewohnheit auch ein älteres ausdrückliches Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden könne

Glück a. a. O. Theil 1. §. 93.

und dieses insonderheit hinsichtlich der äußeren Testamentsförmlichkeiten gelte,

Stryk. l. c. C. XIII. §. 7. 9.

darauf an, dem Beklagten den Beweis des behaupteten, die betreffenden Bestimmungen des Landrechts, im Titel von Testamenten derogirenden, Gewohnheitsrechts nachzulassen.

vorliegenden verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer und um hierunter in gesammten Unseren Fürstlichen Landen pro futuro ein gewisses Regulativ festzusetzen, hiermit zu verordnen Uns gnädigst bewogen gefnnden, daß bei einem dergleichen sich ergebenden Fall künftighin die Verwandten und Intestaterben eines so geraume Jahre abwesenden, bei Ueberlassung dessen Vermögens, zwar die herkömmliche Caution zu stellen gehalten seyn, dieselbe jedoch nicht über 20 Jahre andauern, auch sich blos und allein auf Capitale, und nicht die während dieser Zeit davon fallenden Zinsen, und zwar um deßwillen, erstrecken solle, weilen die Erben in Ansehung der Perception sich in bona fide befinden, und der Abwesende sich den langen Verzug, und daß er sich um die Verwaltung seines Vermögens nicht mehr und besser bekümmert, selbst beizumessen hat; So befehlen ꝛc." Die Verordnung vom 13. Februar 1776 ist nur erläuternd und enthält folgendes: „Nachdem bei Concipirung der, das Vermögen eines 70jährigen Abwesenden betreffenden, Verordnung vom 19. Februar 1774 der Irrthum mit untergeloffen und darinnen gesetzt worden, ob und wiefern das Vermögen eines 70 Jahre lang Abwesenden den nächsten Erben mit oder ohne Caution zu verabfolgen sey? Dieses aber von einer 70jährigen alten Person zu verstehen ist, und Wir dahero obbesagte Verordnung dahin erläutert haben, daß, wenn eine solche Person 70 Jahr alt, und geraume Zeit, welches nach den

Umständen zu ermessen, abwesend ist, auch von deren Aufenthalt oder hinterlassenen Kindern nicht constirt, alsdann deren nächsten Erben und Anverwandten das Vermögen gegen eine auf zwanzig Jahre, jedoch nur über das Capital oder Hauptsumme, und nicht über die etwa davon fallenden Zinsen und Nutznießung zu stellende Caution, überlassen werden solle; So rc."

Im Jahr 1819 erwuchs durch Oberappellation ein Rechtsstreit an das höchste Gericht, der sich um die Frage drehte: Ob nach den Landesgesetzen und namentlich den Verordnungen vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776 ein Verschollener gleich nach zurückgelegtem siebenzigsten oder erst nach vollendetem neunzigsten Lebensjahr für todt zu achten und in welchem Zeitpunkt hiernach, ob in dem ersteren, oder letzteren, die Succession der Verwandten desselben in sein Vermögen eintrete, die Erbschaft als deferirt anzusehen sey. Das höchste Gericht erkannte gegen die Ansicht des Richters erster und zweiter Instanz, des Justizamts Friedberg und Großherzogl. Hofgerichts der Provinz Oberhessen *), die dahin gieng,

*) Dieses Mittelgericht hob als Gründe für seine Ansicht heraus, daß:

1) die beiden Verordnungen keineswegs enthielten, daß nach geendigtem siebenzigsten Jahr des Verschollenen dessen Vermögen auf seine nächsten Verwandte vererbt werden solle, sondern nur hinsichtlich dieses Vermögens bestimmten, es solle den nächsten Erben

daß diese beiden Verordnungen das neunzigste Lebensjahr des Verschollenen als den terminus mortis praesumtions et successionis festgesetzt hätten, so, daß erst von diesem Moment an sein Nachlaß als an die jetzt nächsten Verwandten erblich deferirt anzusehen sey. Denn es entschied unterm 6. September 1819 dahin, daß das gesammte Vermögen des verschollenen P. L. S. sogleich mit dessen Eintritt in das ein und siebenzigste Lebensjahr als an die, in diesem Augenblick nächste, Verwandtin deferirt zu achten sey.

Die Entscheidungsgründe sind in dem Gutachten des Referenten enthalten, worin er sich für die, auch der Entscheidung zu Grund gelegte, Ansicht erklärt, daß durch die gedachte Verordnung und deren Er-

---

und Verwandten zur Administration, verbunden mit dem Genuß des Abnutzens, ohne deßwegen in Anspruch genommen werden zu können, überlassen werden. Eben diese verordnete Vermögens-Administration sey schon ein sicherer Beweis, daß der Verschollene praesumtive als noch lebend geachtet werde, indem ein Verstorbener der Administration seines Vermögens nicht bedürfe,

2) dieses noch mehr aus der verordneten Caution bis nach zurückgelegtem neunzigsten Lebensjahr des Verschollenen hervorgehe. Wäre es die Tendenz der Verordnung, die gemeine Meinung hinsichtlich des siebenzigsten Jahrs zu bestätigen, so bedürfe es keiner Caution, die zur Sicherheit eines Verstorbenen nicht denkbar sey.

läuterung das gemeinrechtliche oder doch wenigstens der gemeinen Praxis entsprechende, Prinzip, wornach ein Verschollener gleich nach vollendetem 70sten Geburtsjahr als todt vermuthet und dessen Vermögen den Verwandten vererbt erachtet und zuerkannt wird, welche ihm in dem gedachten Zeitpunkt die nächsten waren, keineswegs geändert worden sey und nicht habe geändert werden wollen.

Indem er sich dann auf den, die gleiche Ansicht vertheidigenden vaterländischen Schriftsteller:

v. Zangen, Beiträge zum deutschen Recht Th. 2. Abth. 2.*) Gießen 1792

beruft **), fügt er zur weiteren Begründung seiner Ansicht noch folgendes hinzu:

---

*) „Von der Curatel über das Vermögen des Abwesenden nach den fürstlich Hessen-Darmstädtischen Landesverordnungen vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776.“ S. 69, 70 erklärt sich der Verfasser über den Zweck seiner Abhandlung, durch die er den wahren Sinn der mißverstandenen, so ganz schief angewendeten und so manchmal als Gegenstand des Anstoßes und Strauchelns erscheinenden Verordnungen klar zu machen suchen wolle, um dadurch vielleicht einer unrichtigen Auslegung und Anwendung in der Zukunft vorzubeugen.“ (S. dieses Bändchen S. 11.)

**) Der Verfasser sagt Seite 88 — 90 wörtlich: Uebrigens könnte es zwar scheinen, als wenn nach dieser Verordnung das Erbrecht in dem Vermögen des Abwesenden auch nicht denjenigen, die zur Zeit des 70sten Jahrs des Abwesenden die nächsten Verwandten, son-

„Der Verschollene wird zwar gleich nach zurückgelegtem siebenzigsten Jahr seines Alters für todt ge-

---

dern denjenigen zufallen müsse, die nach dem Ablauf der weiteren 20 Jahre, und also mit dem 90sten Jahr des Abwesenden, die Nächsten wären. Allein ich halte dies für ungegründet, und glaube vielmehr, daß nach Ablauf der weiteren 20 Jahren, dasjenige, was schon eventualiter vor 20 Jahren festgesetzt worden ist, nunmehro purificirt werden, und also den damals nächsten Verwandten nun die Erbschaft wirklich zu Theil werden müsse. Denn 1) ist nirgends in der Verordnung von andern nächsten Verwandten die Rede, als von denen, die es tempore aetatis 70 absentis gewesen, und nicht gesagt, daß nach 20 Jahren nun andere Personen an jene Stelle treten sollen. Dies würde jedoch nothwendig seyn, wenn besonders eine so große Abweichung vom gemeinen Rechte hier hätte statuirt werden sollen. Man hätte denn ausdrücklich bestimmen müssen, daß der terminus mortis praesumtivus nicht 70 sondern 90 Jahre sey, und die Verwandten succediren sollten, die beim letzten Termin die nächsten seyn würden. Da dieß aber nicht geschehen, so ist vielmehr 2) einleuchtend, daß keine weitere Veränderung nach Abfluß der 20 Jahren erfolgt, als die, daß die Verwandten, welche vorher gegen Caution das Vermögen erhielten, es nun ohne alle Caution behalten, und also dasjenige bestätiget und purificirt wird, was vorhin nur Bedingungs- und Voraussetzungsweise Statt hatte. Was also vorher nur muthmaslich und fürsorglich angenommen wurde, dabei bleibt es jetzt völlig, und das wird ad initium actus retrotrahirt. Es ist auch 3) die Caution nur zum

achtet. Allein dieses ist immer eine blose Vermuthung und noch keine Gewißheit. Es ist möglich, daß der Abwesende gleichwohlen noch lebt und nach jenem Zeitpunkt entweder selbst zurückkommt, oder seine wirkliche Leibes- vielleicht auch Testamentserben sich anmelden. Geschieht dieses, so muß der, welcher ex praesumtione juris in das Vermögen succedirt ist und solches bisher bona fide besessen hat, es, insoweit er es noch besitzt oder, Falls er es schon consumirt haben sollte, hierdurch reicher geworden ist, restituiren."

Koch: Tract. de succ. ab intest. pag. 227.
Claproth Summar. Proz. §. 225.
v. Zangen a. a. O. Seite 99 ꝛc.

„Dieß ist es, was unsere Verordnungen von 1774 und 1776 berücksichtigen und warum sie vorschreiben, daß auch alsdann, wenn der Verschollene bereits 70 Jahre alt ist, dessen Vermögen den nächsten Verwandten nicht anders als gegen eine, noch auf 20 Jahre weiter, mithin bis zum neunzigsten Lebensjahr des Verschollenen, jedoch nur über die Haupt-

---

Besten des Abwesenden, wenn er etwa noch wieder kommen könnte, oder Kinder desselben sich meldeten, festgesetzt, und kann also nicht zum Vortheil anderer Verwandten, die nicht zur Zeit des 70sten Jahrs der Abwesenden, wohl aber zu einer andern Zeit hernach, die nächsten seyn würden, ausgelegt werden. Nur in Ansehung des Abwesenden wird sein Tod, der vorher nur präsumirt wurde, nun für gewiß angenommen.",

summe (denn von Restitution der Nutzungen kann keine Rede mehr seyn) zu leistende Caution überlassen werden soll, ohne übrigens hiermit den gemeinrechtlichen Termin des präsumtiven Todes und Erbschaftsanfalls selbst abändern und bis zum neunzigsten Jahr hinausrücken zu wollen." *)

Dieselbe Rechtsfrage kam später bei dem höchsten Gericht in Sachen der Erben des Conrad B. zu L. gegen die Wittwe des Wilhelm H. in U. zur Sprache und wurde auf gleiche Weise entschieden. Großherzogl. Oberappellationsgericht erkannte unterm 30. Januar 1823 dahin, daß, da 1) das Erbrecht der Oberappellanten keineswegs erst von dem 90sten Lebensalter der Verschollenen zu berechnen, sondern als bereits mit dem zurückgelegten 70sten Geburtsjahr derselben der Schwiegermutter des Oberappellanten, weiland Conrad B. Wittib, gesetzlich deferirt anzunehmen rc. — das durch Remissorial-Rescript Großherzogl. Hofgerichts zu G. — bestätigte Erkenntniß Großherzogl. Justizamts zu B. vom 15. September 1820 wieder aufzuheben sey rc.

*) Am Schluß des Gutachtens wird des Umstandes erwähnt, daß nicht nur das Großherzogliche Hofgericht der Provinz Starkenburg (Entscheidung vom 10. September 1810 in Sachen des Leiblaquaien J. D. von E. gegen die Wittwe des M. W. und den Metzger E. E. in D.), sondern auch das höchste Gericht durch eine Entscheidung vom 14. September 1780 diese Verordnungen auf gleiche Art erklärt hätte.

C.

Zur Interpretation der Kurmainzischen Verordnung vom 24. May 1798, die Verträge über Immobilien betr. *).

Vom Herausgeber.

---

§.

Geschichts-Erzählung.

Der Bürger und Bäckermeister Balthasar Dorn in Heppenheim verkief im Jahr 1813 der Wittwe des Franz Jakob Metzen daselbst ein Wohnhaus für die Summe von 1060 Gulden. Die vorgeschriebene Eintragung dieses Contracts ins gerichtliche Protokoll unterblieb.

§. 2.

Geschichte des Rechtsstreits in erster Instanz.

Von dem Verkäufer im August 1813 anf Zahlung des Kaufschillings bei dem Justizamt Heppenheim belangt, setzte die Käuferin unter andern Exceptionen der Klage auf den Einwand entgegen, daß die, zu einem Verkaufe von Immobilien verordnungsmäßige erforderliche gerichtliche Protokollirung nicht erfolgt, dieser also nicht perfect geworden sey. Kläger bestritt replicirend die Behauptung, daß die Protokollirung auf deren Vornahme mit Erfolg ge-

---

*) S. das zweite Bändchen dieser Schrift S. 150, 151.

klagt werden könne, zum Wesen des Kaufs gehöre. Dieser sey als Consensual-Contract perfect, sobald beide Theile einig seyen. Schließlich wiederholte Beklagte ihr voriges Vorbringen.

§. 3.

Entscheidung in erster Instanz und Entscheidungsgründe.

Hierauf erkannte Großherzogl. Justizamt Heppenheim unterm 28. Januar 1814 dahin, daß der fragliche Kaufcontract als die Beklagte bindend nicht zu erachten sey, weil die Verordnuug vom 24. May 1798 *) bestimme, daß ein Kaufcontract nur durch

---

*) Diese, in ihren Abdrücken selten gewordene, Verordnund ist des Inhalts: Die vielfältigen, besonders während den Kriegsjahren eingeschlichenen Unordnungen, welche eben jetzt am sorgfältigsten zu verhüten sind, wo so leicht das Eigenthum der Güter in Ungewißheit gebracht, und der Käufer sowohl als Verkäufer gefährdet werden kann, veranlassen uns, die schon bestehenden Kurfürstlichen und Regierungs-Verordnungen, besonders jene vom 13. Junius 1782 und vom 17. Junius 1785 hiermit zu wiederholen und ausdrücklich zu bestätigen. Kraft dieser älteren Verordnungen „sollen alle Kauf- und Verkäufe, Schenk-, Ver„pfänd- und Veräußerungen liegender Gründstücke aller „Art, wie sie nur immer heißen mögen, jedesmalen, „alsbald, und unter Strafe der Nichtigkeit der des„fallsigen Verträge und Handlungen, demjenigen Kur„fürstlichen Vogteiamt, in dessen Amtsbezirke derglei„chen Grundstücke gelegen sind, angezeigt und bis da-

die, auf Nachsuchen geschehene, amtliche Einregistrirung verbindend werde.

„hin diese Anzeige behörig protocollirt und die angezeigte Handlung schriftlich ratificirt seyn wird, der „Kaufschilling oder das sonst durch die Handlung beabsichtete Geding unter Strafe des Verlustes oder „doppelten Ersatzes, dem Käufer oder demjenigen, „welchem aus der Handlung sonst einiges Recht zustehen könnte, nicht verabreicht und verabfolget werden." Auch ist auf dergleichen vorschriftswidrige und ohne vorherige Anzeige und Bestätigung gleichwohlen verrichtete Käufe und andere null und nichtig erklärte Handlungen in vorkommenden Klagfällen bei gerichtlichen Erkenntnissen durchaus kein Bedacht zu nehmen.

Da die Unterlassung dieser Anzeige, Protokollir- und Bestätigung das Eigenthum liegender Gründe um so mehr unsicher macht, als ohne diese bei den Ortsgerichten die, besonders zur Hypothekausfertigung erforderliche, Ab- und Zuschreibung nicht geschehen kann, mithin Unordnung, oft auch regressorische Klagen erfolgen müssen, wie die Erfahrung bisher gelehrt: So verordnen Wir hierunter weiter, daß dergleichen Anzeigen jedesmalen sogleich von den kurfürstlichen Vogteiämtern den betreffenden Ortsgerichten, in deren Gemarkung das angezeigte Grundstück gelegen i , behörig bekannt gemacht werden, damit auch in den Orten selbst die vorseyende Handlung zu Jedermanns Wissenschaft gelangen, fort jeder, der ein Recht oder eine Klage dagegen zu bewahren oder einzubringen hat, sich dessen nothdürftig bedienen könne.

Aschaffenburg den 24. May 1798.

§. 4.

Verhandlung in zweiter Instanz.

Sich durch dieses Erkenntniß für beschwert erachtend, griff Kläger zum Rechtsmittel der Appellation an Großherzogl. Hofgericht in D. Die Vorschrift der Mainzischen Verordnung vom Jahr 1798, die nur darum die gerichtliche Anzeige eines Verkaufs bei den Beamten erfordere, um von der ernstlichen Willensmeinung der Contrahenten versichert zu seyn, sey pünktlich beachtet worden, indem beide Theile den Kauf bei dem Justizamt angezeigt und um die amtliche Protokollirung, die freilich nicht erfolgt sey, gebeten hätten. Aber auch abgesehen davon, daß dieses geschehen, liege jedenfalls ein pactum de vendendo et emendo vor, so, daß auf jeden Fall Beklagte zur Vollziehung, mithin zur Protokollirung des Geschäfts und nachher zur Erfüllung durch Berichtigung des Kaufschillings schuldig erkannt werden müsse.

§. 5.

Gutachten der beiden Referenten.

Der Referent war der Ansicht, daß deßhalb, weil der fragliche Verkauf nicht protokollirt worden, das ganze Geschäft nicht für unverbindlich und nichtig erklärt werden dürfe und trug deßhalb auf Abänderung der unterrichterlichen Sentenz dahin an, daß der zwischen beiden Theilen unterm 27. Juni 1813 abgeschlossoneu Kaufcontract zwischen den Contrahenten für rechtsverbindlich zu erklären, und der dadurch beabsichtigte Kauf zu protokolliren sey.

Es sey zwar unzweifelhaft, daß die Verordnung vom 24. May 1798 ausspreche, durch eine vorgenommene Privatveräußerung gehe das Eigenthum nicht auf den Käufer über und dieses sey blos dann der Fall, wenn das Geschäft gehörig bei den Behörden angezeigt, protokollirt und bestätigt sey. Damit sey aber noch keineswegs ausgesprochen, daß ein, rücksichtlich der Uebertragung des Eigenthums eines Grundstücks abgeschlossener, Vertrag, bevor er protokollirt sey, für die Contrahenten völlig unverbindlich sey. Im Gegentheile machten sie sich hierdurch verbindlich, die Schritte zu thun, wodurch derselbe vor Gericht Wirksamkeit erlange, ihn also den competenten Behörden anzuzeigen und protokolliren zu lassen und könnten so im Weigerungsfall hierzu angehalten werden. Jene Verordnung ändere also im gemeinen Recht nichts weiter ab, als daß z. B. die, nach demselben gültigen, Verkäufe liegender Güter, bevor sie dem Gericht angezeigt und von ihm genehmigt worden seyen, als pacta de emendo et vendendo erschienen, auf deren Erfüllung oder Leistung des Interesse bekanntlich mit Recht geklagt werden könne:

Thibaut Pandectensystem §. 914.

Es gehe dieses aus der Verordnung um so gewisser hervor, da darin die Ungewißheit und Unsicherheit des Eigenthums liegender Güter als Grund des Gesetzes angegeben, diese aber blos dadurch herbeigeführt werde, daß die Uebertragung des Eigenthums auf einen Andern privatim rechtsgültig

geschehen könne, keineswegs aber dadurch, daß die deßhalb abgeschlossenen Verträge blos in soweit von Wirksamkeit seyen, daß auf deren Protokollirung und, wenn dieses geschehen und auch die richterliche Bestätigung erfolgt seyn werde, auf die Uebertragung des Eigenthums, im entgegengesetzten Fall aber auf Schadenersatz geklagt werden könne und es werde um so weniger zu bezweifeln seyn, daß jene Verordnung auf diese Art ausgelegt werden müsse, da sie eine lex correctoria sey, daher strikt interpretirt werden müsse.

Der Correferent war entgegengesetzter Meinung. Die fragliche Verordnung sey von den mainzischen Gerichten und auch vom Colleg selbst stets anders ausgelegt worden, indem, so lange die vorgeschriebene Anzeige und richterliche Bestätigung bei Veräußerung liegender Güter nicht erfolgt, weder eine Klage auf Erfüllung des Vertrags noch auf dessen Anzeige und Protokollirung zugelassen worden sey und selbst, wenn die Verträge schon längst erfüllt gewesen, sie auf vorangegangene Klage wegen Mangels der angegebenen Förmlichkeit wieder aufgehoben worden seyen. Auch könne er in der Verordnnng selbst durchaus nicht auffinden, daß noch eine Klage auf richterliche Bestätigung oder Anzeige gestattet sey. Nach ihr sey der Vertrag durchaus nichtig und völlig nichtige Verträge erzeugten kein Recht.

§. 6.
Entscheidung in zweiter Instanz und Präjudiz.

Das Colleg adoptirte die Ansicht des Correferenten und bestätigte unterm 20. Juli 1816 die unterrichterliche Sentenz *).

---

*) Das, auf Veranlassung dieser Entscheidung fixirte, Präjudiz ist bereits Seite 150, 151 des zweiten Bändchens dieser Schrift mitgetheilt.

D.

Die Exceptio non numeratae pecuniae findet nur gegen solche Handschriften statt, welche über den Empfang eines Darlehns ausgestellt worden sind, nicht aber auch gegen solche Urkunden, worin überhaupt der Empfang von Geld oder andern Sachen bescheinigt ist, indem die Bestimmung in L. 14 pr. Cod. de non num. pec., daß derjenige, welcher einen Schein über den Empfang von Geld oder andern Sachen ausgestellt habe, sich intra biennium der Einrede des nicht gezahlten Geldes bedienen könne, nur auf pecunias, vel alias res, mutuo datas zu beziehen und davon zu verstehen ist [1].

Vom Herausgeber.

---

§. 1.

Verhandlung in erster Instanz.

Das Landgericht U. legte dem Kläger B. L. in N. den, der vorausgegangenen Verhandlung entsprechenden, Beweis auf, daß er für, an den verstor-

1) So ist das, von dem Obergericht auf Veranlassung dieses Rechtsfalls angenommene, Präjudiz gefaßt.

benen Ehemann der Beklagten verkaufte, Früchte das Eingeklagte zu fordern habe. Er trat diesen Beweis durch eine angebliche Handschrift des Käufers an. Beklagter stellte deren Aechtheit in Abrede und schützte zugleich die exceptio non numeratae pecuniae vor, da dieses angebliche Schuldbekenntniß noch keine zwei Jahre alt, also nicht beweisfähig sey und sich nicht zur Originalproduction eigne. Kläger bestritt replicando die Statthaftigkeit dieser Einrede, indem er namentlich behauptete, die Schuld des verstorbenen Ehemanns der Beklagten rühre aus einem Kauf her und auf diesen Vertrag und die, darüber sprechenden, Urkunden sey die singuläre Vorschrift über die exceptio non num. pec. bekauntlich nicht anwendbar. Duplicando suchte die Beklagte diese Einrede als begründet nachzuzeigen, indem sie sich auf die

L. 14 pr. Cod. de non num. pec. (4. 30.)

berief, wornach eine Handschrift, in welcher der Aussteller den Empfang von Geld oder andern Sachen bescheinige, wenn innerhalb zweier Jahre die exceptio non num. pec. opponirt werde, beweisunfähig sey.

§. 2.

Entscheidung des Gerichts erster Instanz.

Das Landgericht U. erkannte hierauf, dadurch diese Einrede verwerfend, dahin:

„daß die Handschrift für die, darin verzeichne-
„ten und an der Beklagten Ehemann verkauf-

„ten, Früchte in der Urschrift zur Anerkennung „oder eidlichen Abläugnung vorzulegen sey.“

§. 3.

Entscheidungsgründe des Gerichts erster Instanz.

Der Eingang des Actenstücks, welches die Entscheidungsgründe des Gerichts erster Instanz enthält, erwähnt der verschiedenen Theorien über die exceptio non num. pec. in der, durch den Rechtsstreit angeregten, Beziehung: „Nach der ersten, von den meisten Rechtslehrern [2]), z. B.

Glück: Erläut. der Pand. Bd. 12. §. 786. 788.
v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Band 3. §. 244.
Höpfner: Commentar. §. 851. 854.
Gönner: Handbuch des Prozesses. Band 4. Abhandl. 73.
Mackeldey: Institut. §. 624.

---

2) Der Verfasser der achtzehnten Abhandlung des Werks: Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, herausgegeben von Heise und Kropp, Hamburg 1827. Erster Band Seite 325 — 386. „Ueber literarum obligatio, causa indiscreta und pecunia cauta non numerata,“ der sich darin in anderen Beziehungen mit der exceptio non numeratae pecuniae beschäftigt, reiht sich darin in dem angeregten Punkt stillschweigend diesen Rechtslehrern an.

angenommenen Theorie ist sie auf das mutuum zu beschränken. Nach der zweiten, z. B. von

Thibaut: System des Pandektenrechts. §. 1180.

angenommenen Meinung [3]) muß sie auf alle Chirographen, in denen der Empfang einer gewissen Sache und dagegen eine gewisse Verpflichtung übernommen wird, ausgedehnt werden. Nach der dritten Theorie, vergleiche

---

3) Diese Ansicht vertheidigt

Meurer: Juristische Abhandlungen und Beobachtungen. Erste Sammlung. Leipzig 1780. Abh. 2. „Die Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae, auf ihre genuinen Grundsätze zurückgeführt." Cap. 3. §. 16 — 24. S. 41 — 47. mit dem im Wesentlichen übereinstimmt

Unterholzner: Ueber die exceptio non numeratae pecuniae im Archiv für die civilistische Praxis. Band 7. Abh. 1. S. 1 — 59.

Dieser Rechtslehrer sagt §. 2:

„Eine Ausnahme macht die exceptio n. n. pec. Wenn nämlich eine, über ein Rechtsgeschäft ausgefertigte, Urkunde zugleich eine Empfangsbescheinigung enthält, so gewinnt die Urkunde in Ansehung der darin enthaltenen Empfangsbescheinigung nur dann Kraft, wenn der Aussteller den Emplang nicht abläugnet. Wenn er dagegen einwendet, er habe nichts empfangen, so beweist diese Urkunde für den Empfang gar nichts. Diese, in der angeführten Art begünstigte, Einwendung nennt man exceptio n. n. p."

Lauterbach Colleg. tit. de reb. cred. §. 63. etc. [4]).

kann man sich der exceptio non nnm. pec. nur bei den Realcontracten, mit Ausnahme des depositi, bedienen."

Das Untergericht bemerkt hierauf weiter, daß nach der ersten und dritten Theorie die von der Beklagten angeführte, exceptio non num. pec. unzulässig sey, indem die erste sie nur für das mu-

---

4) Für diese Theorie hat sich entschieden Pfeiffer: Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. Marburg 1803. S. 138 bis 150 und dieser Ansicht ist er treu geblieben in dem zweiten Band seiner praktischen Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschft. Hannover 1828, wo er Seite 149 sagt: „Die Hauptgrundlage, wonach, jener meiner früheren Ausführung zufolge, die Anwendbarkeit der exceptio n. n. p. zu beurtheilen ist, enthält folgende Sätze: 1) diese sogenannte Einrede ist nichts anders, als eine negative Litiscontestation, 2) sie kann in dieser Eigenschaft nur bei Klagen aus solchen Rechtsverhältnissen vorkommen, in Ansehung deren eine wirklich geschehene Zahlung oder Hingabe gewisser Gegenstände den unmittelbaren nd wesentlichen Grund der Verbindlichkeit ausmacht, also namentlich aus Realcontracten."

Gleicher Ansicht ist: Hansen: „Versuch einer Beantwortung der Frage: Bei welchen Rechtsgeschäften findet die, zwei Jahre lang dauernde, exceptio non numer. pec. statt?" im 4ten Band des Archivs für die civilistische Praxis S. 45 — 65.

tuum, die dritte nur für Realcontracte gelten lasse, während die Handschrift quaest. von einem Kauf spreche, der bei den Römern und noch jetzt ein Consensualcontraet wäre und berührt dann die, noch übrige Theorie, mit der Entwicklung der Gründe schließend, aus denen es sich für die erste Theorie entschied: „Die Gesetzesstelle, auf welche sich die Meinung, daß diese Einrede auf alle Chirographen anzuwenden sey, stützt, ist die

L. 14 pr. Cod. de n. n. pec. (4. 30.)

in den Worten:

„In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium — non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, etc.“

„Diese Stelle läßt sich jedoch leicht erklären, wenn man bedenkt, was nicht bezweifelt wird, daß außer Geld auch noch andere fungible Sachen, (quae numero, pondere, vel mensura constant) als Darlehn gegeben werden können und es dann immer noch mutuum bleibt. Die „aliae res datae“ sind also nichts anders, als ein Darlehn, was nicht aus Geld besteht.“

„Nimmt man nun, daß ältere Stellen, als die oben citirte const., wenn sie von der exc. n. n. p. reden, immer diese auf creditas res, Darlehn, beschränken, bei andern Verträgen aber ihrer, gar

nicht erwähnen, so wird man zu dem richtigen Resultate gelangen, daß Justinian, wenn er bei ihr in dieser Const. von „aliae res“ spricht, gewiß nicht die Einrede noch auf andere Chirographen ausdehnen, und so in sehr undeutlichen Worten seine früheren Verordnungen zu ändern die Absicht hatte.“

Lex. 5. Cod. de non num. pec.

„Ignorare — non debes, n. n. p. exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur.“

„Man sieht deutlich aus der Const. 14., daß Justinian nicht beabsichtigte, das exorbitante Privilegium der exc. n. n. p. noch mehr auszudehnen, indem er es vielmehr beschränkte, und das frühere quinquennium in ein biennium verwandelte. Sieht man nun auch noch auf den, auf der Natur der Sache beruhenden, Grund, aus welchem Justinian die exc. n. n. pec. angeführt hat, so beruht er auf der nicht seltenen Erscheinung, daß bei Rechtsgeschäften, die in Bezug auf eine Geldsumme oder andere Sachen, deren Ablieferung als Darlehn erwartet wird, abgeschlossen werden, die Urkunde schon vor der wirklichen Ablieferung und zwar in der Art ausgefertigt wird, daß in derselben der mit Gewißheit vorausgesetzte Empfang als wirklich erfolgt angeführt wird, auch sofort in die Hände desjenigen kommt, der die sofort erwartete Ablieferung, der Abrede zuwider, hinausschiebt. Dieser Grund der Verordnung fällt bei allen andern Contracten weg. Beim Dar-

lehn ist wohl der Fall, den auch die Erfahrung oft zeigt, möglich, daß Jemand aus Noth eine Handschrift seinem Gläubiger aus- und zustellt, in der Hoffnung, daß ihm derselbe das Geld sogleich oder bald geben würde. Auch mag wohl der Bräutigam, dem ebenfalls die exceptio non num. dotis zusteht, den Empfangsschein ausstellen, ehe er die Brautgabe erhalten hat, um desto eher zu dem Besitz seiner Braut zu gelangen. Allein bei andern Contracten, selbst bei den Realcontracten, welche erst durch die Dotion und Numeration ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, fallen diese Motive weg."

§. 4.

Verhandlung in zweiter Instanz.

Die Beklagte ergriff gegen den landgerichtlichen Bescheid die Appellation, ihre Beschwerde lediglich auf die Behauptung stützend, daß nach dem klaren Ausspruch der

L. 14. Cod. de n. n. pec. (4. 30.)

die exceptio n. n. p. nicht nur gegen Handschriften, in welchen der Empfang von Geld, sondern auch gegen solche, in welchen der Empfang von andern Sachen bescheinigt worden sey, stattfinde, eine Bestimmung, welche nicht wieder aufgehoben, also auch jetzt nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer

s. Thibaut Pandectensystem §. 1180.

gelte.

§. 5.

Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz und Entscheidungsgründe.

Das Obergericht bestätigte (unterm 9. September 1829) die unterrichterliche Entscheidung nach den Antrag des Re- und Correferenten. Ersterer sagt in seinem Gutachten, unter Beziehung auf das, die unterrichterliche Entscheidungsgründe enthaltende, Actenstück, im Wesentlichen: „Die, von den Rechtslehrern verschieden gedeuteten, Worte des allegirten Gesetzes sind zwar allerdings generell. Sie reden überhaupt von Geschäften, wodurch der Empfang von Geld oder andern Sachen schriftlich beurkundet wird. Allein es bringen schon die allgemeinen Gründsätze über Auslegung von Gesetzen es mit sich, daß man, um die Absicht des Gesetzgebers zu erforschen, nachzusehen hat, welche Geschäfte derselbe bei Erlassung einer Vorschrift vor Augen gehabt haben möge, und als das sicherste Mittel, hier zu einem gewissen Resultat zu gelangen, dient wohl ein Rückblick auf die, einer solchen Vorschrift vorausgegangenen, ihr darum znr Erläuterung dienenden, gesetzlichen Bestimmungen, weil man stets von der Voraussetzung ausgehen muß, daß sich der Gesetzgeber mit den bereits bestehenden Gesetzen in Einklang habe setzen wollen, es seye denn, daß er sich ausdrücklich für die Statuirung einer Ausnahme ausgesprochen hätte, in welchem Falle freilich von einem Zweifel keine Rede mehr seyn könnte. Nun verordnet aber C. 5. Cod.

de non num. pec. (4. 30.) [5]) daß die Einrede des nicht gezahlten Geldes stattfinde, wo jemand auf Rückzahlung eines Darlehns belangt werde, ubi quasi credita pecunia petitur [6]) ohne weitere Ausdehnung ihrer Zulässigkeit auf andere Geschäfte, und es läßt sich daher, da eine Aufhebung der hier angedeuteten Regel in C. 14. nicht ausgesprochen worden ist, die Vorschrift derselben auch nicht von der Art ist, daß sie nicht mit jener in Einklang gesetzt werden könnte, in der Bezeichnung „pecuniae vel aliae res numeratae vel datae etc.“ eine Ausdehnung der Statthaftigkeit der Einrede über alle Geschäfte, über welche eine, den Empfang eines Ge-

5) „Ignorare — non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedennte causa debiti in chirographam quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.“

Ueber die verschiedenen Interpretationen dieses Gesetzes siehe

Meurer a. a. O. S. 46 — 58.

Unterholzner a. a. O. S. 57 — 64.

Pfeiffer S. 140 — 145.

Donellus. Comment. in Cod. ad hanc leg.

6) Meurer stellt in Abrede, „daß unter dieser Stelle nur eine Forderung zu verstehen sey, die aus einem mutuum herrühre,“ indem unter einem creditum alle Personalforderungen mit Inbegriff des mutuum, begriffen seyen.

genstandes documentirende, Scriptur aufgenommen worden ist, nicht erkennen. Man muß vielmehr unterstellen, der Gesetzgeber habe hierbei unter den „contractibus in quibus aliae res conscribuntur" nur solche verstanden, worauf in C. 5. die Anwendbarkeit der except. n. n. p. verordnet worden war, also res creditas mutuae datas, und daß er bei Erlassung der C. 14. an der betreffendeu Stelle nur bie specielle Intention hatte, das vorher bestandene quinquennium auf eine biennium zu beschränken."

„Zu einer restrictiven Interpretation der C. 14. d. h. zu deren Beschränkung auf Darlehn oder Handschriften über solche wird man sich auch veranlaßt finden müssen, wenn man den, nur bei Darlehnsgeschäften eintretenden, Grund, welcher den Gesetzgeber bei Einführung der except. n. n. p. unverkennbar geleitet hat, berücksichtigt, den nämlich, um dadurch der Gefahr vorzubeugen, die demjenigen droht, welcher entweder aus Noth, oder in der gewissen Ueberzeugnng und Hoffnung, daß darauf die Zahlung geschehen werde, eine Handschrift über ein Darlehn zum Voraus ausstellt, zumal, da die Ausstellung und Aushändigung des Scheins häufig stattfindet, bevor die Hingabe des anzuleihenden Gegenstandes erfolgt, und den Mißbrauch zu hindern, welcher mit einer, solchergestalt vorgeschehenen Zahlung in die Hände des, um ein Darlehn angegangenen, gelangten, Urkunde getrieben werden könnte."

„Endlich wird man aber hierzu insbesondere noch durch die Betrachtung aufgefordert, daß die exceptio n. n. pec. überhaupt einer singulären, von allgemeinen Grundsätzen abweichenden, Bestimmung ihre Existenz verdankt und daher der striktesten Auslegung unterliegen muß."

„Ich glaube hiernach mit dem Unterrichter mich der Ansicht derjenigen Rechtslehrer anschließen zu müssen, welche, wie z. B.

Höpfner: Instit. Commentar §. 854.

v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des Civilrechts. Buch 3. §. 245.

Glück: Erläut. der Pandecten. Band 12. §. 786. 788 [7]).

---

7) Gleiches lehrt:

Hellfeld. Jurisprud. for. §. 786.

Madihn. Principia juris romani. P. II. §. 229.

Fratrum Beckmannorum. Consil. et Decis. P. I. Cons. 38. §. 34.

Schweppe. Römisches Privatrecht. Altona 1814. Band 2. §. 403.

Bucher. Das Recht der Forderungen. Leipzig 1815. §. 103.

„Die Klage aus dem Darlehn kann, da dasselbe nur durch die Uebergabe begründet wird, dadurch entkräftet werden, wenn der in Anspruch genommene Schuldner den Grund der Forderung, den Empfang des Darlehns, abläugnet. Wenn also der Schuldner die Einrede des nicht erhaltenen Gegenstandes oder die exceptio non numeratae pecuniae beim Gelddarlehn in-

die Einrede des nicht gezahlten Geldes auf das eigentliche chirographum ex mutuo beschränken, eine Meinung, welche, so viel mir bekannt, auch der Praxis nicht entgegen ist, obgleich ich auch auf der andern Seite nicht weiß, daß solche bereits in praxi adoptirt ist [8].

---

sonderheit vorschützt, so muß der Gläubiger die geschehene Uebergabe desselben beweisen."

Seuffert. Lehrbuch des practischen Pandectenrechts. Würzburg 1825. Band 2. §. 311.

Valett. Ausführl. Lehrbuch des praktischen Pandectenrechts. Leipzig 1828. Band 2. §. 519.

8) Um einen Blick auf die Partikulargesetzgebungen über die, in diesem Rechtsfall angeregte, Frage zu werfen, so sagt v. Wendt: Vollständiges Handbuch des baierischen Civilprozesses. Nürnberg 1827. §. 132. S. 236. 237. „Wer einen Schuldschein (chirographum) in Hoffnung zu erhaltender Zahlung ausgestellt hat, kann, wenn er die Zahlung nicht erhielt, — binnen 2 Jahren durch Klage — oder Einrede (exceptio n. n. p.) den Empfang läugnen und verpflichtet dadurch den Gegner, die wirkliche Zahlung zu beweisen. — Die Querel und Einrede des nicht gezahlten Geldes fallt weg a) bei Handlungen, bei welchen man nicht im voraus zu bescheinigen pflegt 2c." In der Note zu dieser Stelle bemerkt der Verfasser; „Als Beispiele nennt das Gesetz: Depositum, Vergleich, Schenkung, Kauf, Tausch, Miethe, Bürgschaft, letzter Wille."

Nach der Preußischen Gesetzgebung kann die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nur dann zur Sprache kommen, wenn es sich von einem Darlehn handelt.

VI.

Kurzgefaßte Rechtsfragen und Rechtssätze.

Vom Herausgeber.

A.

Unfreiwilliger Nachlaßvertrag [1]).

„In Sachen des Gerichtsschöffen J. G. F. in D. Klägers nnd Appellanten, gegen die Erben des zu J.

Fürstenthal: Institutionen des allgemeinen preußischen Civil- und Criminalrechts. Berlin 1827 §. 510.

1) Vergl. Lauterbach Dissertationes academicae. Vol. I. Disp. LX. (Praejudiciale pactum remissorium majoris partes creditorum.)

Richter: Processus pacti remissorii. Lips. 1759.

Wagler: Dissert. de pact. remissor. cum debitore ob aerato. Altd. 1785.

Wiesand: Dissert. de pacto remiss. Vitemb. 1773.

J. H. Boehmer: De pacto remiss. moto concursu (Exer eit. ad Pand. Tom. V. Exeroit. 89.

V. Wöldernbdorf und Waradein: Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788.

Happel; Auleitung zum Verfahren, Concursprozesse abzuwenden. Giessen 1799. Zweiter A schnitt. Von Nachlaßverträgen §. 77 — 213.

Danz: Grundsätze der summarischen Prozesse §. 124.

Gensler: Vollständiger Commentar über Martins Civilprozeßlehrbuch, herausgegeben von Morstadt. Heidelberg 1825 S. 265. 266.

Dabelow: Ausführliche Entwicklung der Lehre vom

verstorbenen J. U. Beklagte und Appellaten, Schuldforderung betr., wird der übergebene Appellations=

Concurse der Gläubiger, zweite Auflage. Halle 1801. S. 286 — 296. 558 — 576.

Gebrüder Overbeck: Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Band 10. Med. 501; „Ueber Nachlaßverträge bei Concursen."

Schweppe: Das System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812. §. 16 — 20. (Dieser Rechtslehrer bekennt sich §. 17 zur Ansicht, daß die Bestätigung von Seiten der Obrigkeit zur Gültigkeit eines unfreiwilligen Nachlaßvertrags erforderlich, dagegen es aber gleichgültig sey, ob die Eröffnung des Concurses schon erfolgt sey oder nicht.)

Caesar: de induciis pactoque remissorio. Goett. 1816.

Reinhard: Die Lehre vom Gannt und Ganntverfahren. Stuttgardt 1819. §. 32. 69.

Heffter: Von Behandlung der Gläubiger znr Erhaltung eines Nachlaßvertrags und zur Abwendung eines Concurses. (Archiv für die civilistische Praxis. Band 10. Abh. XV.)

Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Zweite Auflage. Bonn 1828. §. 439.

Walett: Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandectenrechts. Dritter Band. Leipzig 1829. §. 1252.

Puchta: Ueber den Concursprozeß. Erlangen 1827. Buch 3. Cap. 2: „Von dem Zwangsnachlaßvergleiche" S. 440 — 453.

Ueber das Partikularrechtliche vergl.

v. Wendt; Vollst. Handb. des baierischen Civilprozesses. Bd. 2. Nürnberg 1827. §. 193.

Wagner: Grundzüge der Gerichtsverf. und des proces=

Libell — den Appellaten in Duplikat blos nachrichtlich mitgetheilt, zugleich aber nach Prüfung der Akten und collegialischer Erwägung der Sache, in Betracht, daß nach richtigen, von dem Colleg auch angenommenen, Rechtsgrundsätzen nur bei förmlich erkanntem Concurs [2]), nicht aber bei einem blosen Privatarrangement, die Mehrzahl der Gläubiger, d. h. der Summe nach, durch ihre Erklärung die übrigen Gläubiger zu einem gleichen Nachlaß verpflichtet, wogegen in dem vorliegenden Fall actenmäßig ein förmlicher Concurs über das Vermögen des verstorbenen J. U. gar nicht erkannt worden ist, hiermit zum Bescheid eröffnet:

„daß der Landgerichtsbescheid vom 22. Nov. v. J. wieder aufzuheben und vielmehr die Beklagten für schuldig zu erkennen seyen, die eingeklagte Hauptschuld von 200 Gulden sammt

---

sualischen Verfahrens in Kurhessen. Marb. 1822. §. 228. 229.

Füger: Das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österreichischen allgemeinen Gerichts- und Concursordnung. Wien 1828. Theil 3. §. 354 — 361.

2) Schweppe: Das System des Concurses. Zweite Ausgabe. Götlingen 1824. §. 20 a. E.

„Ob das Recht der Mehrheit noch nach eröffnetem Concurse gelte, ist nicht unbedenklich, weil der Nachlaß jetzt so viel weniger Nutzen schafft."

Dagegen Puchta a. a. O. S. 450: „Der Nachlaßvergleich kann sowohl vor, als nach eröffnetem Concurse eingeleitet und zu Stande gebracht werden."

den, bis zum 20. August v. J. mit 54 Gulden und seitdem weiter aufgelaufenen Zinsen innerhalb drei Monaten an den Kläger zu bezahlen, auch die demselben veranlaßten, Kosten erster und zweiter Instanz zu ersetzen. V. R. W.

Dessen zu Giessen den 14. März 1826.

Großherzogl. Hess. Hofgericht daselbst [3]."

B.

Die Einrede der Vorausklage (exceptio excussionis seu ordinis) kann von demjenigen nicht vorgeschützt werden, der sich verbindlich gemacht hat, für einen Dritten auf einen bestimmten Tag zu zahlen. Beispiel einer stillschweigenden Verzichtleistung auf diese Einrede.

Der Großherzogl. Controleur B. in N. lieh dem C. F. S. in B. die, jährlich auf den 30. Sept.

3) Vergl. von der Nahmer: Samml. der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzogl. Nassau'schen Oberappellationsgerichts in Wiesbaden, zweiter Band No. 21: „Entscheidung der Frage: ob die Minderzahl der Gläubiger eines, in Vermögensverfall gerathenen, noch lebenden Schuldners dem von der Mehrzahl bewilligten Nachlaßvertrag beizutreten genöthigt werden könne?" eine Frage, die von diesem höchsten Gerichtshof durch Bestätigung der Entscheidung des Herzoglich Nassau'schen Hogerichts in Dillenburg, dahin gehend, daß

zu verzinsende Summe von 2200 Gulden. Der Kaufmann C. daselbst übernahm für Ersteren die Vereinnahmung dieser Zinsen und machte sich ihm urkundlich verbindlich, diese nöthigenfalls für den Schuldner auf den 30. September zu bezahlen. Auf den Grund dieser Verbindlichkeitsübernahme von dem Gläubiger bei dem Landgericht Z. auf einen zweijährigen Zinsenrückstand belangt, schützte Kaufmann C. die Einrede der Vorausklage vor. Als Bürge, der sich blos auf den Fall der Noth zur Zahlung der Zinsen verbindlich gemacht habe, könne er nicht eher in Anspruch genommen werden, als bis der Hauptschuldner fruchtlos ausgeklagt worden sey. Kläger behauptete dagegen, Beklagter habe sich so verbindlich gemacht, daß er nicht als Bürge, sondern als Selbstschuldner zu betrachten sey, was dieser schließlich in Abrede stellte.

Das Landgericht Z., das von der Ansicht ausgieng, die Bestimmung des festen Termins, auf welchen Beklagter zu bezahlen sich verbindlich gemacht habe, enthalte eine Entsagung auf die Einrede der Excussion, verwarf diese Einrede [1]). Beklagter er-

der Kläger und Appellat den, von den übrigen Gläubigern des Beklagten und Appellaten eingegangenen außergerichtlichen Nachlaßvertrag beizutreten nicht schuldig sey, verneint wurde."

1) Vergl. über einen sehr ähnlichen Rechtsfall: Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von Gebrüder Overbeck. Bd. 4. Med. 247. Der Beklagte, der für

griff daher die Appellation an Großherzogl. Hofgericht in D. um entgegengesetzte Entscheidung anstehend und zur Rechtfertigung seiner Beschwerde sich darzuthun bemühend, daß er nach dem Sinn der Worte, worauf Kläger die Behauptung gründe, daß er, Beklagter, sich als Hauptschuldner verbindlich gemacht habe, und namentlich nach dem Ausdruck „nöthigenfalls," welcher auf eine blose subsidiäre Verbindlichkeit hindeute, nur als Bürge betrachtet werden könne.

Das Obergericht bestätigte indessen unterm 21. October 1827 die Entscheidung des Unterrichters, dessen Ansicht genehmigend. Denn durch den Umstand, daß Beklagter die übernommene Verbindlichkeit, für den Hauptschuldner zu zahlen, an einen bestimmten Tag gefesselt, habe er einen Verzicht auf die Einrede, die er vorgeschützt, ausgesprochen. Es liege in der Natur der Bürgschaft, daß der Bürge zuerst dann einzustehen habe, wenn bei dem Hauptschuldner nichts zu erhalten sey und dieß sey erst der

---

den Hauptschuldner sich dahin verbürgt hatte, daß er auf bloße Vorzeigung der Handschrift die Schuld desselben bezahlen wolle, schützte die Einrede der Vorausklage vor, auf die er nicht ausdrücklich verzichtet hätte. Sie wurde aber verworfen, weil sein Versprechen, auf Vorzeigung der Handschrift zu zahlen, diesen Verzicht ausspreche.

Denn er habe sich dadurch verbindlich gemacht, zu zahlen, bevor der Hauptschuldner ausgeklagt sey.

Zeitpunkt wo die, von dem Bürgen übernommene Verbindlichkeit in volle Wirksamkeit gesetzt werde. Dieser Moment könne aber auch von den Paciscenten früher bestimmt werden, und dieses geschehe auch dann, wenn der Bürge sich verbindlich mache, zu einer bestimmten Zeit zu bezahlen [2]). Hierin liege die bestimmte und deutliche Erklärung, daß er die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht bis zu dem Moment hinaussetzen wolle, der ergebe, daß bei dem Hauptschuldner nichts zu erhalten sey, sondern ihr zu dem bestimmten Zeitpunkt nachleben wolle [3]).

---

2) Huber: Praelectiones juris civilis: Tit. de pecun. const. (L. 23. tit. 5.)

„Attamen, quia plerumque Constituta sic hodie fiant, ut quis ad certum diem se recipiat soluturum quod alius debet, maxime, si voluntariae condemnationi, si intra tempus illud non solvat, se subjiciat; cujus effectus est parata executio: satis evidenter id agitur, ne tum excussionis praetextu solutio differatur. Imo in superiori exemplo cum Tertius constituit, se Quarto cis mensem soluturum, quod Primus debebat, etsi absque tali submissione, nihil minus cogitatum est, quum de ordinis sive excussionis beneficio."

3) In einem wesentlich gleichen Fall entschied das Ober-Appellations-Gericht in Celle nach derselben Ansicht. Der Bürge hatte versprochen, für den Hauptschuldner zu zahlen, wenn dieser seinen Gläubiger nicht in einem Jahr befriedige. Es entstand die Frage, ob diese Art der Verbürgung einen Verzicht auf die

C.

Es ist Pflicht und Befugniß des Contradictors, gegen Liquidations-Erkenntnisse nach seiner Ueberzeugung auf Kosten der Concursmasse Rechtsmittel zu ergreifen.

In Sachen der Ehefrau des Gartenwirths E. in D. Liquidantin, gegen die Concursmasse ihres Ehe-

---

Einrede der Excussion in sich trage. Das Gericht entschied sie bejahend. Durch ein solches Versprechen erkläre der Bürge, dem Gläubiger völlige Sicherheit geben zu wollen, falls der Hauptschuldner in der bestimmten Frist eine Zahlungsverbindlichkeit nicht erfüllen sollte. Er übernehme mithin nach Ablauf dieser Zeit die Hauptverbindlichkeit desselben. Trete also die Bedingung wirklich ein, unter der der Bürge sein Versprechen gegeben, so sey er auch verbunden, dasselbe zu erfüllen.

S. v. **Bülow's** und **Hagemanns** praktische Erörterungen. Band 4. Hannover 1804. Erört. 30.

Eine Entscheidung **derselben** Rechtsfrage auf gleiche Weise ist mitgetheilt in: **Fratrum Becmannorum** Consilia et Decisiones P. II. Decis. 66: „Qui pro debitore principali ad certam diem solutionem facere obligatur, is, die stato a debitore principali solutione non facta, ideo actione pulsatus, frustra sd exceptionem ordinis confugit."

„die vorgeschützte Einrede der Rechtswohlthat der Ordnung den Beklagten nicht zu Statten kommen mag, indem dieselbe dem Sinn und Zweck des Secu-

manns, Liquidatin pto. illat. ergriff der Contradictor der Letzteren gegen ein Liquidations-Erkenntniß des Stadtgerichts D. das Rechtsmittel der Berufung an Großherzogl. Hofgericht in D. Durch eine Eingabe bei demselben bestritt Liquidantin die Befugniß des Contradictors, Namens der Concursmasse, auf deren Kosten die Appellation zu ergreifen und zu verfolgen, indem er dieses nur Namens der übrigen Gläubiger in besonderem Auftrag und auf Kosten derselben thun könne. Dagegen behauptete der Contradictor in einer Eingabe, daß er dazu vermöge seines Curatorii nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet sey [1]), ohne nöthig zu haben, vorerst und bei jeder Sache die gesammten Gläubiger zu hören. Hierauf erließ Großherzogl. Hofgericht unterm 27. Februar 1822 ein Dekret, wodurch es, da die Bestellung eines Contradictors in Concursen aus dem Grund geschehe, damit in dem Liquidationsverfahren das Interesse der Gesammtzahl der Gläubiger gegen

---

ritätsvergleichs vom 23. October 1761, nach welcher die Bezahlung der Contributionsbeiträge zur bestimmten Zeit unfehlbar erfolgen soll, offenbar widerstreitet, sowie bekannten Rechten nach dieselbe bei einer jeden Uebernehmung einer fremden Schuld sodann wegfällt, wenn der Uebernehmer derselben zu einer bestimmten Zeit zu bezahlen sich anheischig gemacht hat."

1) Cocceji: Jus civile controv. P. II. S. 493. Contradictor curam habet omnium creditorum, ejusque, quod eorum interest."

den einzelnen Liquidanten vertreten werde, es aber keineswegs zu den Befugnissen des Contradictors gehöre, gegen Liquidationserkenntnisse Rechtsmittel zu ergreifen und auf Kosten der Concursmasse fortzusetzen, indem in Beziehung hierauf die Gemeinschaft der Gläubiger wegen ihrer dabei versirenden verschiedenen Interessen nicht fortbestehe und es daher jedem einzelnen Gläubiger überlassen bleibe, wenn er es seinen Interessen angemessrn finde, Rechtsmittel gegen Liquidationserkenntnisse einzulegen und zu prosequiren, und sich aber auch hiernach von selbst verstehe, daß die Verhandlungen über ergriffene Rechtsmittel nicht auf Kosten der Concursmasse, sondern nur auf Kosten des oder der einzelnen Interessenten geführt werden könnten, dem Advocaten B. aufgab, btnnen 14 Tagen von denjenigen Gläubigern, welche die unrichtigerweise Namens der Concursmasse ergriffene Appellation auf ihre Kosten fortzusetzen gesonnen seyn sollten, die erforderliche Vollmacht beizubrigen.

Veranlaßt durch die, gegen diese Verfügung gerichtete, außergerichtliche Beschwerde des Contradictors, der nachzuzeigen suchte, daß er gerade darum das Rechtsmittel der Appellation ergriffen habe, weil in dem Liquidationsverfahren das Interesse der Gesamtzahl der Gläubiger gegen den einzelnen Liquidanten vertreten werde, ein Verfahren, das die Gesamtheit der Instanzen umfasse, rescribirte Großherzogl. Ober-Appellationsgericht unterm 18. April 1822: „Wir können die, von Ihnen in dieser Sache durch die

Verfügung vom 27. Februar laufenden Jahrs ausgesprochene, Meinung nicht annehmen, sondern halten die von bem Contradictor Adv. Br. desfalls geführte Beschwerde allerdings für begründet. Die Ehefrau des Gemeinschuldners steht hier mit ihrer Illatenforderung den Ansprüchen der sämmtlichen übrigen Gläubiger, also der Concursmasse selbst, gegenüber und so wie es Pflicht des Contradictors ist, die Forderungen einzelner Gläubiger, welche er nicht für gehörig liquidirt ansieht, zu bestreiten, und dadurch das Interesse des Concursmasse zu wahren, eben so muß man es nicht minder, wenn die Bestellung eines Contradictors dem Zweck vollständig entsprechen soll, als in dem Umfange seiner Pflicht liegend, betrachten, die Sache der ganzen Concursmasse gegen die Ansprüche eines einzelnen Gläubigers auch bei der höheren Instanz zu vertheidigen [2]), wenn er

2) Puchta: Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. Band 2. Erlangen 1827 S. 369. 370.. §. 179. „Der Contradictor wird zur Vertheidigung der Vermögens-Masse bestellt.“

Gensler: Vollständiger Commentar über Martins Civilprozeß-Lehrbuch, herausgegeben von Morstadt. Bd. 2. S. 273.

Ueber die Gesetzgebung im Königreich Baiern vergl. Jahrbücher der Gesetzgebung uud Rechtspflege im Königreich Baiern, herausgegeben von Dr. N. T. v. Gönner und Dr. P. von Schmidtlein. Band 2. Erlangen 1819 S. 245 — 249. „Ob der Contradictor

das zum Vortheil dieses Gläubigers von dem Concursrichter gegebene Erkenntniß mit seiner Ansicht

---

gegen das Prioritätsurtheil im Concurse zu appelliren befugt sey?"

Der baierische Prozeß (Judiciar-Codex Kap. 19. §. 18. Num. 11.) erklärt den Contradictor lediglich als Vertreter des Schuldners gegen die Gläubiger. Bei einem Gerichtshofe fanden drei verschiedene Meinungen ihre Vertheidiger. Einige glaubten, der Contradictor könne hinsichtlich der Liquidität sowohl, als hinsichtlich der Priorität ohne weitere Bevollmächtigung die Appellation ergreifen. Andere behaupteten, er könne ohne weitere Bevollmächtigung hinsichtlich der Liquidität, aber niemals hinsichtlich der Priorität appelliren. Andere endlich meinten, der Contradictor könne zwar über beide Punkte appelliren, bedürfe aber dazu einer neuen Vollmacht. Auf Anfrage dieses Gerichtshofs, ob und wiefern der Contradictor im Concurse gegen das Prioritätsurtheil zu appelliren befugt sey? entschied die Staatsregierung (im Jahr 1818) dahin, daß der Contradictor für den Schuldner gegen das Prioritätsurtheil in Ansehung der Liquidität einer Forderung, niemals aber für einen Gläubiger und noch weniger in Ansehung der Priorität appelliren könne, zu der Appellation aber einer neuen oder besonderen Vollmacht des Gemeinschuldners nicht bedürfe, da das Gesetz seine Eigenschaft als dessen Vertreter auf eine Instanz nicht beschränke. Der Gesetzgeber genehmigte daher die zweite Meinung, die davon ausgieng, daß die baierische Gerichtsordnung den Contradictor ohne irgend eine Beschränkung auf eine Instanz für den Vertreter des Schuldners erkläre, demselben also für

und Ueberzeugung nicht zu vereinigen weiß [3]). Wir haben hiernach in ähnlichen Fällen auch kein Bedenken gefunden, die Appellationen eines Contradictors anzunehmen. Wir weisen Sie demnach an, über die in vorliegender Sache bei Ihnen eingeführte Berufung, ohne von dem Contradictor weiter eine besondere Vollmacht zu fordern, rechtlich zu erkennen."

---

den Gemeinschuldner eine General-Vollmacht ertheile, die ihn allein schon berechtige, alle zuständigen Rechtsmittel zu gebrauchen.

3) Vergl. Stapf: Systematische Lehre vom Contradictor. Nürnberg 1791. §. 171 — 173, wo der Verfasser ausdrücklich sagt, daß sich der Cotradictor bei Ergreifung eines Rechtsmittels an keinen Gläubiger zu kehren und er wegen der Frage, ob und welcher Rechtsmittel er sich bedienen solle, lediglich an seine Einsichten und Ueberzeugung gewiesen sey.

S. auch Schweppe: Das System des Concurses der Gläubiger. Zweite Auflage. Göttingen 1824. §. 138. S. 244.

Der Preußische Prozeß (Tit. 50. §. 72.) bestimmt, daß der Contradictor alle angemeldeten Forderungen gehörig prüfen und und dahin sehen solle, daß sie namentlich in Ansehung ihrer Richtigkeit ausgemittelt und ins Licht gesetzt würden, eine Bestimmung, die stillschweigend die Befugniß zur Ergreifung von Rechtsmitteln zu enthalten scheint. S. übrigens Fürstenthal: Lehrbuch des preußischen Civil- und Criminalprozesses. Königsberg 1827. Theil 1. §. 334.

D.

Habitatio nach deutschem Recht.

H. S. in L. hatte die Tochter seines Bruders, der sich auswärts aufhielt, zu sich genommen. Als er im Jahr 1815 sein Wohnhaus an J. H. daselbst verkief, behielt er auf die Dauer seiner Lebenszeit für sich und seine Nichte den Einsitz in der oberen Stube vor. Im Jahr 1816 kehrte der Bruder des Verkäufers nach L. zurück, miethete sich eine Wohnung und nahm seine Tochter zu sich, die noch in demselben Jahr mit einem unehelichen Kind niederkam. Nachdem sie im Jahr 1819 ein zweites uneheliches Kind gebohren, starb ihr Vater, Sie faßte daher den Entschluß mit ihren zwei unehelichen Kindern wieder zu ihrem Oheim zu ziehen. Allein der Eigenthümer des Hauses weigerte sich, sie mit ihren Kindern anfzunehmen. Sie trat daher gegen ihn, unter Beistand ihres Oheims G. S., klagend bei dem Landgericht L. auf. Dieses Gericht erkannte unterm 18. Mai 1821, erwägend, daß der Einsatz in der oberen Stube für die Klägerin, die zur Zeit des Hausverkaufs bei dem Verkäufer gewohnt, vorbehalten worden sey und sie mehr nicht verlange, als die Bewohnung dieser Stube, dahin, daß sie bei dem für sie ausbedungenen Einsitz zu handhaben sey. Beklagter führte gegen diese Entscheidung im Weg der Berufung Brschwerde bei Großherzogl. Hofgericht in G., vorstellend, daß der frag-

liche Einsitz ein reinpersönliches Recht sey, so, daß die berechtigte Person ihn nicht mit Dritten theilen, Klägerin ihn also zwar für ihre Person, aber nicht für ihre Kinder, in Anspruch nehmen könne. Dieses Mittelgericht reformirte hierauf unterm 29. Aug. 1821:

In Sachen ꝛc. — wird — in Erwägung, daß

1) dem Verkäufer und der Appellatin in dem Kaufbrief vom 21. Januar 1815 der Einsitz in der oberen halben Stube zugesichert worden ist;

2) in dieser Bestimmung schon liegt, daß der fragliche Einsitz nicht auf mehrere Personen ausgedehnt werden kann;

3) ein solcher Einsitz nicht nach den, von der persönlichen Dienstbarkeit handelnden, römischen Gesetzen, sondern nach dem deutschen Recht zu beurtheilen ist;

Estor: Rechtsgelehrsamkeit des Deutschen §. 760. und 4192.

4) hiernach der, einer Person versprochene, Einsitz nicht auch für die von ihr gebornen unehelichen Kinder gefordert werden kann,

Kraus Diss. de reserv. rust. Cap. ult. §. 4.

zu Recht erkannt:

daß die Appellatin den Einsitz in der fraglichen Stube nur für ihre Person, keineswegs aber auch für ihre unehelichen Kinder in Anspruch zu nehmen befugt sey [1].

---

1) Vergl. Beck und Lauteren: Das Landrecht der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Oden=

E.

Erbverträge der Eheleute.

P. A. S. in Egelsbach errichtete am 11. Mai 1815 mit seiner Verlobten, einem elternlosen, noch minderjährigen, aber bereits 24 Jahre alten Mädchen, Ehepacten, worin sie sich zugleich gegenseitig auf den Fall der Kinderlosigkeit zu Universalerben beriefen. Nach geschehener gerichtlichen Bestätigung derselben wurde die Ehe vollzogen. Die Ehefrau starb kinderlos, ohne die Erbfolgebestimmung widerrufen oder anderwärts über ihr Vermögen disponirt zu haben.

---

wald. Darmstadt 1824. S. 402. „Eine unverheirathete Person weiblichen Geschlechts, welcher für die Dauer ihres ledigen Standes der freie Wohnsitz ausbedungen ist, wird — durch die Geburt eines unehelichen Kindes ihres Rechtes nicht verlustig, kann solches aber nur für ihre Person in Anspruch nehmen. Erkenntniß der Justizkanzlei in Michelstadt vom 20. October 1810 in Appellationssachen W. Egener zu Erbach gegen den Bürger und Metzgermeister G. A. Egener daselbst, freie Wohnung betr.

Erkenntniß der Justizkanzlei vom 28. Juni 1820 in Appellationssachen der S. Reupold zu Kirchbrombach gegen G. Reeg daselbst, den, der Ersteren ausbedungenen, Aufenthalt in des Letzteren Wohnung betr."

Der Wittwer zog sofort das zurückgelassene Vermögen der Verstorbenen an sich. Von den Intestaterben derselben wurde sofort eine Klage gegen ihm bei dem Justizamt K. auf Annulirung des Erbvertrags und Erkennung der Intestaterbfolge angestellt. Es entspann sich hierdurch ein Rechtsstreit, der sich um die Frage drehte, ob der, in die Ehepacten verwebte, Erbvertrag als rechtsgültig zu betrachten sey. Die Kläger verneinten dieses, weil die Erblasserin den Erbvertrag in ihrer Minderjährigkeit ohne Zuziehung ihres Vormundes abgeschlossen habe und alle Verträge, die ein Minderjähriger ohne dessen Zuziehung eingehe, zunächst nach dem Landrecht der Obergrafschaft Katzenelnbogen Theil 1. Tit. 3. [1]) §. 1 [2]) nichtig seyen. Beklagter berief sich für die Bejahung gleichfalls zunächst auf dieses Landrecht und zwar auf Theil 2. Tit. 5 [3]) §. 2. [4])

---

1) „Vom Kaufen und Verkaufen.“

2) „und sind darneben die Contracte, so mit Minderjährigen ohne Vorwissen ihrer Eltern oder Vormünder geschehen, unkräftig.“

3) „Von Testamenten und andern letzten Willen.“

4) „Und wiewohl von Natur und Rechtswegen männiglich erlaubt ist, von seiner zeitlichen Haab und Gütern nach seinem Gefallen zu disponiren und zu verschaffen: so sind doch etliche Personen als inhabites und untüchtig dazu, in gemeinen Rechten ausgeschlossen, nemlich: Minderjährige, Unsinnige, Verschwender, Stumme, so nicht schreiben können, Aechter, und andere mehr,

und insbesondere auf Theil 2. Tit. 1. [5]) §. 4. [6]).

Großherzogliches Hofgericht in Darmstadt erkannte unterm 17. Januar 1821 in dieser Sache in zweiter Instanz und nahm auf Veranlassung seiner Entscheidung folgendes Präjudiz an: Erbverträge oder Erbfolgebestimmungen, welche die Eheleute in den errichteten Ehepacten festgesetzt haben, sind, insofern einer der Ehegatten eltern- oder kinderlos verstorben ist [7]), und solche nicht widerrufen oder anderwärts

---

darbei Wir es auch bleiben lassen. Und soll solche Inhabilität, so viel die Minderjährige belangt, auf das achtzehnte Jahr erstreckt seyn, also daß beide, Knaben und Mägdlein vor Ausgang des achtzehnten Jahrs, nicht sollen zu testiren (ob sie gleich aus ihrer Eltern Kost und Gewalt wären) haben, Wir würden ihnen denn, solches nach Gelegenheit zwischen dem 14. und und 18. Jahre zu thun, ausdrücklich erlauben."

5) „Von den Ehestiftungen."

6) „Und obwohl die Eheberedungen, darin die Eheleute einander alle oder den mehrern Theile ihrer Güter nach ihrem Tod erblich verschaffen, in Rechten unkräftig sind: so wollen Wir doch, da nichts destoweniger eins dem andern, oder sie beide einander ihre Güter alle oder zum Theil dergestalt verordnet hätten, daß solches auf den Fall erst bündig seyn soll, wenn eins vor dem andern ohne Kinder oder Eltern, item ohne Testament, oder einen andern rechtmäßigen letzten Willen Todes verfahren, und also diese seine Verschaffung mit dem Tod bekräftigen wird."

7) Der Unterrichter hatte, veranlaßt durch die Angabe,

über sein Vermögen in der Folge disponirt, nach dem Catzenelnbogner Landrecht Theil II. Tit. 1. §. 4. als Schenkungen auf den Todesfall anzusehen und als solche auch alsdann gültig, wenn auch die disponirenden Ehegatten solche in ihrer Minderjährigkeit, jedoch nach erlangter voller Pubertät oder nach dem achtzehnten Jahr, ohne Zuziehung eines Vormundes oder Beistandes errichtet hatten.

F.

Darf der Fiscus als privilegirt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die, durch Schuld seines Anwaltes veranlaßte, Versäumung einer Frist, durch ebendenselben nachsuchen?

In Sachen der J. St.'schen Eheleute zu Lengfeld Kläger, gegen Großherzogl. Cameralfiscus in

---

daß seine Ehefrau nach erreichter Volljährigkeit gestorben sey und dessen Berufung auf den, von vielen angesehenen Rechtslehrern angenommenen Grundsatz: „Valet pactum successorium minoris, si in majori aetate decesserit" demselben den Beweis auferlegt, daß seine verstorbene Ehefrau zur Zeit ihres Todes das fünf und zwanzigste Lebensjahr schon zurückgelegt gehabt habe. Großherzogl. Hofgericht nahm aber an, daß nach der Bestimmung des Landrechts im Theil 2 Tit. 1. §. 4. nichts darauf ankomme, ob der, zuerst mit Tod abgegangene Ehegatte zur Zeit seines Todes bereits volljährig gewesen, oder nicht.

D. wurde letzterem durch Großherzogl. Hofgerichts-Bescheid Beweis auferlegt. Die Beweisfrist wurde durch Schuld seines Anwalts versäumt, daher das Gericht unterm 23. Juni 1819 das Purifikationserkenntniß ertheilte. Die Beklagten reichten hierauf durch ihren bisherigen Anwalt, unter Antretung des Beweises, ein Gesuch um Restitution gegen die Versäumung der Beweisfrist ein. Die Kläger widersprachen dem Gesuch namentlich durch Berufung auf allgemeine Rechtsgründe und Großherzogl. Hofgericht erkannte unterm 23. März 1820 dahin, daß, da nach der höchsten Verordnung vom Januar 1812 die Restitution wegen versäumter Fristen nicht durch denselben Anwalt oder Procurator, durch dessen Schuld die Frist versäumt worden ist, nachgesucht werden dürfe, sondern von einem andern Anwalt, auch bei der sonstigen Statthaftigkeit der Restitution, nachgesucht werden solle, die, von dem Kameralfiskus gegen die versäumte Beweisfrist und das später erfolgte Präclusions-Erkenntniß nachgesuchte Restitution angebrachtermaßen zu verwerfen sey.

Auf, gegen dieses Urtheil von Seiten des Beklagten erhobene, Appellation an das höchste Gericht [1])

---

1) In dem Appellationsbericht hob der judex a quo den Moment hervor, daß der Fiscus gleich andern Partheien die gesetzlichen Formen zu beobachten habe; also auch die, welche die Verordnung vom 11. Januar 1812 vorschreibe. Würde ihm erlaubt seyn, sich bei Resolutionen über die gesetzlichen Vorschriften hin-

schlug Großherzogl. Ober-Appellationsgericht aus dem Grund, weil, wenn auch die in sententia a qua angezogene Verordnung vom 11. Jan. 1812 nicht enthalte, daß bei eingetretener Versäumniß einer Frist die Parthie durch einen andern Anwalt um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten dürfe, dieß doch durch die höchste Verordnung vom 9. Januar

---

wegzusetzen, und seine Privilegien auch dahin auszudehnen, so würde der Zweck aller Fristen von ihm eludirt, indem er bei allen Versäumungen und Nachlässigkeiten zur Beseitigung der daraus entspringenden Rechtsnachtheile mit einem Restitutionsgesuch hervortreten könne. Die Dauer eines Rechtsstreits würde dann fast allein von ihm abhängen und eine solche Rechtsungleichheit könne von keinem Gesetzgeber und keinem Richter gebilligt werden *).

Der Fiskus würde sich auf eine Höhe von Willkührlichkeit erheben, auf der ihm keine rechtliche Form mehr erreichen könne **).

---

*) Die Preußische Prozeßordnung (Tit. 35.) schreibt vor, daß fiskalische Civilprozesse gleich andern Privatrechtsangelegenheiten verhandelt werden sollen (§. 1.) und der ununterbrochene und promte Betrieb, den sie bei jeder Rechtssache überhaupt erfordere, statifinden und jede unnütze, zum Nachtheil der Privatparthei gereichende Verzögerung sorgfältig vermieden werden solle (§. 18.)

Fürstenthal: Lehrbuch des preußischen Civil- und Criminalprozesses. Theil 1. §. 246.

**) Vergl. Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs über das

1817 [2]) allgemein und ohne irgend eine Ausnahme auch bei allen Mittelgerichten vorgeschrieben sey, un-

---

2) Nachdem höchsten Orts verfügt worden ist, daß der, von unterzeichnetem obersten Justizhof unterm 22. Mai vorigen Jahrs erlassene, in Nr. 68. der Großherzogl. Hessischen Zeitung verkündete, gemeine Bescheid, nachstehenden Inhalts:

„Es ist schon mehrmalen der Fall vorgekommen, daß, „wenn in den, an dieses oberste Gericht gebrachten „Rechtssachen, die gesetzlichen Förmlichkeiten und Fa- „talien, oder andere peremtorische Termine, durch „Versehen der Anwälte, oder aus andern entschuld- „baren Ursachen versäumt worden sind, die Gesuche „um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen „diese Versäumnisse und die darauf ergangenen De- „sertions- oder Präclusionsdekrete, erst nach Verlauf „vieler Monate, oder gar mehrerer Jahre, vorge- „bracht wurden."

„Da dieses zu manchen Mißbräuchen und zu unge- „bührlicher Verzögerung der Justizpflege Anlaß giebt, „so wird, in Conformität mit der hierunter bereits

---

gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Zweiter Band. Erste Abtheilung. Erlangen 1815 S. 241. „Eben so wenig darf man dem Fiskus eine grenzenlose Willkühr mit Fristgesuchen einräumen und noch weniger demselben mehr als einem Privaten nach verabsäumten Termine zugestehen. Erhält der Fiskus dasjenige, was er nach dem Geschäftsgange hinsichtlich der Termine braucht, so kann und muß auch gegen ihn die Präclusion eintreten, sonst gefährdet der Staat als Fiskus die Rechtssicherheit so stark, das es besser wäre, geradehin zu erklären, der Fiskus erkenne kein Recht über sich."

term 15. September 1820 die Prozesse ab, unter dem Zusatz jedoch, daß es dem Beklagten unbe-

„bestehenden Bestimmung des Reichsdeputations-Ab-
„schieds von 1600 §. 86. hiemit verordnet:
„daß, wenn in vorbemerkten Fällen eine Parthie
„um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten
„will, das Gesuch jedesmal in einer, von dem Ab-
„lauf des versäumten Termins, oder vom Tag
„der Insinuation der erkannten Desertions- oder
„Präclusions-Erklärung an zu berechnenden,
„jenem Termin, oder der letzten ausdrücklich oder
„stillschweigenden Prorogation gleich langen Frist,
„unfehlbar eingebracht, nach Verlauf dieser Zeit aber,
„wenn nicht von dem Bittenden deshalb ganz be-
„sonders erhebliche Verhinderungsursachen angeführt
„und bescheinigt werden, auf dergleichen Restitu-
„tionsgesuche, als verspätet keine Rücksicht mehr
„genommen werden soll."
„Damit auch die Partheien sich mit der Unwis-
„senheit, oder der zu spät erhaltene Kenntniß von
„dem Versäumniß und der ergangenen Desertions-
„oder Präclusions-Erklärung entschuldigen mögen,
„so haben die Anwälte, besonders in dem Falle,
„wo die Schuld blos an ihnen liegt, und deßhalb
„nach Vorschrift des gemeinen Bescheids vom 9ten
„März 1807 *) die Restitution durch einen andern

*) Dieser gemeine Bescheid bestimmt, daß, wenn eine Parthie gegen eine, durch die Schuld ihres Anwalts veranlaßte Desertions- oder Präclusions-Erklärung Restitution nachsuchen will, dieses durch einen andern Anwalt geschehen müsse und derjenige, der sich des Versäumnisses schuldig gemacht, in eben dieser Sache nie wieder zur Anwaltschaft zugelassen werden könne."

nommen sey, annoch durch einen andern Anwalt um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen.

G.

Laudemium bei Veräußerung oder Vertheilung von ehemals Churpfälzischen Erbleihgütern.

Die J. St.'schen Eheleute zu Lengfeld, einem, zu dem ehemaligen Churpfälzischen Oberamt Otzberg gehörigen Ort, besaßen daselbst die Hälfte eines Kameralerbleihguts, womit J. U. daselbst am 29. Mai 1764 von der ehemaligen churpfälzischen Hofkammer im Ganzen beliehen worden war.

„Anwalt nachgesucht werden muß, ihre Clienten „bei Strafe der Ordnung, jedesmal sogleich hiervon „zu benachrichtigen."

bei allen Mittelgerichten, somit bei den Großherzogl. Hofgerichten dahier und zu Gießen ebenfalls eingeführt werden soll. So wird dieses aus besonderem höchsten Auftrag deu betreffenden Behörden, Anwälten und Partheien zur Nachricht und Bemessung in vorkommenden Fällen hiermit bekannt gemacht.

Darmstadt den 9. Januar 1817.

Großherzoglich Hessisches Oberappellationsgericht daselbst.

Busch,
Großherzogl. Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Die Kinder der J. St'schen Eheleute suchten nach dem Tod ihrer Eltern im Jahr 1815 bei Großherzoglicher Hofkammer um die Erlaubniß nach, die älterliche Hälfte des Erbleihguts gegen 2 Prozent Laudemial-Gebühren wieder in 2 Hälften unter sich vertheilen zu dürfen. Da aber diese Behörde diesen Consens nur unter der Bedingung gestatten wollte, daß 5 Prozent Laudemial-Gebühren bezahlt würden, so erhoben sie unterm 3. Januar 1817 bei Großherzogl. Hofgericht in D. Klage gegen den Großherzogl. Cameralfiskus und baten, denselben zur Ertheilung dieses Consenses gegen 2 Prozent des Anschlagspreises, als gewöhnliche Theilungsgebühr, zu verurtheilen. Denn das Pfälzer Landrecht stelle Theil 2. Tit 5. die Erbbeständer der römischen Emphyteusis, wornach der emphyteuta 2 Prozent zu zahlen schuldig sey, gleich.

Der Beklagte excipirte namentlich:

Das Institut des Erbbestandes sey als ein reines deutsches Institut von der römischen emphyteusis sehr verschieden und das Pfälzer Landrecht enthalte nichts von dem, was Kläger darin bestimmt wissen wollten. Replicando bezogen sich die Kläger darauf, daß das Pfälzer Landrecht Th. 2. Tit. 5. den Erbbestand ausdrücklich emphyteusis nenne und dadurch auf Ersteren alle Bestimmungen des römischen Rechts über Letztere anwendbar erkläre. Duplicando brachte Beklagter vor: das Pfälzer Landrecht bestimme das

Laudemium nicht auf 2 Prozent, sondern sage nur Theil 2. Tit. 5. §. 7. in fine,

„Von welchem Kaufgelt dem Lehnsherrn das „gewöhnliche Handlohn, auf lateinisch laude„mium genannt, zur Erkenntniß seines Eigen„thums vom Käufer geliefert und gefolgert wer„den soll,“

und wenn das Landrecht im Eingang dieses fünften Titels sage:

„und heißt solche Erbverleihung oder Erbbe„ständniß in Latein Emphyteusis vel con„tractus emphyteuticus,“

so könne daraus nicht gefolgert werden, daß die Erbleihen nach den Grundsätzen des römischen emphytensis beurtheilt werden sollten und eben so wenig, daß der Gesetzgeber unter dem gewöhnlichen Handlohn, nach Maasgabe der römischen Gesetze, den fünfzigsten Theil oder 2 Prozent des Kaufpreises verstanden habe.

Hierauf entschied Großherzogl. Hofgericht, aus dem Grund, weil das Pfälzer Landrecht [1]) in der

---

1) Das Nassau-Catzenelnbogische Landrecht bestimmt Cap. 7. §. 17. ausdrücklich: „Solches Leyhe-Geld oder laudemium ist vermög der allgemeinen kaiserlichen Rechten pars quinquagesima pretii.“ Das Preußische Landrecht hat dieselbe ausdrückliche Bestimmung.

Fürstenthal Lehrbuch §. 292.

Nach Würtembergischem Partikularrecht wird „für

fraglichen Stelle im Wesentlichen den Grundsätzen des römischen Rechts gefolgt zu seyn schiene und außer diesem gemeinen Recht keine sonstigen Entscheidungsnormen vorhanden seyen, in einem solchen Fall aber selbst nach den eifrigsten Germanisten die Grundsätze des gemeinen Rechts in Anwendung zu bringen seyen; unterm 25. August 1817 dahin, daß Beklagter schuldig sey, die nachgesuchte aber verweigerte Einwilligung zu der fraglichen Erbleihgutstheilung gegen die angebotenen 2 Prozent vom Anschlagspreise oder dem, durch gerichtliche Schatzung auszumittelnden, Werth des zu vertheilenden Erbleihguts zu ertheilen [2]). Dieses Erkenntniß wurde auf, dagegen von Beklagtem ergriffene, Appellation vom höchsten Gericht unterm 22. März 1819 bestätigt.

---

die Concession zur Vertheilung von 100 — 150 fl. ein Gulden, von 150 — 250 fl. ein halber Goldgulden, von 250 — 375 fl. drei Viertels-Goldgulden, von 375 — 500 fl. ein Goldgulden und so weiter in diesem Verhältniß" gegeben.

Weishaar: Handbuch des würtembergischen Privatrechts, zweite Auflage. Stuttgardt 1816. Theil 2. §. 441.

2) Dem Beklagten den, seinem sonstigen Vorbringen entsprechenden Beweis, daß er entweder durch das Herkommen oder auf eine sonstige rechtliche Weise zu der angesprochenen Laudemialgebühr von 5 Prozent berechtigt sey, vorbehaltend.

H.

Ueber die Dauer der Miethzeit, wenn die Wohnung gegen einen jährlichen Miethzins vermiethet wurde.

Der Bürger und Schlossermeister E. in Dstdt. vermiethete dem Großherzoglichen R. R. S. daselbst am 18. October 1827 eine Wohnung für den, vierteljährlich zu entrichteten, jährlichen Miethzins von 125 Gulden. Da der Miether die am 18. Januar 1828 fällige, Miethe des ersten Vierteljahrs nicht zahlte, auch der, am 29. desselben Monats ihm geschehenen Aufkündigung die Weigerung, nach Ablauf der Aufkündigungsfrist, von 3 Monaten, die Wohnung zu räumen, entgegensetzte, so reichte der Vermiether unterm 8. Februar 1828 bei Großherzoglichem Hofgericht in D. eine Klage gegen ihn auf Verurtheilung zur Zahlung der fälligen Miethe und Räumung der gemietheten Wohnung mit Ablauf von 3 Monaten vom Tag der Aufkündigung an, ein.

Beklagter gestand das Faktische der Klage als richtig zu, (stellte der Forderung des Klägers für die fällige Miethe Einrede entgegen) und brachte vor, er sey erst nach Ablauf eines Jahrs von dem Zeitpunkt der abgeschlossenen Miethe an zur Räumung der Wohnung verbunden, indem er diese auf ein volles Jahr gemiethet habe. Kläger stellte replicando in Abrede, daß Beklagter die Wohnung auf ein Jahr gemiethet habe. Denn bekanntlich endige

der Miethkontract durch einseitige Aufkündigung. In D. bestehe aber die Observanz, daß, falls nichts anders verabredet sey, der Contract ein Vierteljahr nach erfolgter Aufkündigung zu Ende gehe. Diese Observanz mache sich hier geltend, da Beklagter nicht behaupte, daß die Miethzeit contractmäßig auf ein Jahr festgesetzt worden sey. Duplicando entgegnete Beklagten namentlich: Kläger habe selbst in der Klagschrift zugestanden, daß die Miethzeit vertragsmäßig auf ein Jahr festgesetzt worden sey, indem er dort angegeben habe, er habe ihm (Beklagten) die Wohnung für einen jährlichen Miethzins vermiethet.

Hierauf erkannte Großherzogl. Hofgericht unterm 25. Juni 1828 namentlich dahin, daß Kläger mit seinem Antrag, den Beklagten für schuldig zu erkennen, die demselben vermiethete Wohnung vor Ablauf eines Jahrs zu räumen, da bei Miethung einer Wohnung gegen jährlichen Miethziens angenommen werde, daß vor Ablauf des ersten Jahres eine Aufkündigung nicht stattfinden könne, abzuweisen sey. Zugleich fixirte es das Präjudiz: daß, wenn eine Wohnung gegen jährlichen Miethzins vermiethet werde, die Dauer der Miethzeit, wenn nichts besonders deshalb verabredet sey, auf ein Jahr festgesetzt sey und erst nach Ablauf dieses Jahrs, nach vorhergegangener vierteljährigen Aufkündigung, von dem Vertrag abgegangen werden könne [1].

1) Die Preußische Gesetzgebung bestimmt dieses ausdrücklich:

J.

Ueber den Suspensiv-Effect der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

In Sachen des A. M. in F. Klägers, gegen E. D. in M. Beklagten, sollte gegen Letzteren von dem Stadtgericht D. ein, von demselben erlassenes rechtskräftiges Urtheil vom 24. November 1829 vollstreckt werden. Indem er nun wegen Aufhebung desselben um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchte, bat er zugleich um Sistirung des, auf die Vollstreckung gerichteten Zwangverfahrens, worauf das Gericht vor der Hand mit diesem Verfahren einhielt und über das Restitutionsgesuch Verhandlung einleitete. Es verwarf dasselbe durch Bescheid vom 22. August 1822 als unstatthaft und hob die Inhibition der Vollstreckung des Bescheids vom 24. November 1819 auf. Gegen diesen Bescheid ergriff Be-

---

Fürstenthal: Institutionen des allgemeinen Preußischen Civil- und Criminalrechts. Berlin 1827 §. 698. S. 423. „Wenn jedoch im Contracte zwar keine Dauer bestimmt, aber doch der Betrag der Miethe nach einem gewissen Zeitraume z. B. monatlich, jährlich u. s. w. abgemessen worden, so kann der Verpächter oder Vermiether durch eine frühere Aufkündidigung den Miether oder Pächter in dem Laufe eines solchen Zeitraums, z. B. in dem Laufe des Monats oder Jahrs, seines Besitzes nicht entsetzen."

klagter und Restituent das Rechtsmittel der Appellation an Großherzogl. Hofgericht in D., indem er um abändernde Entscheidung dahin bat, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen sey. Ehe noch das Gericht zweiter Instanz, das bereits Inhibitorialien erlassen hatte, entschieden hatte, reichte Restituent bei demselben eine Beschwerde gegen das Untergericht aus dem Grund ein, weil dasselbe in der Vollstreckung des Urtheils, gegen welches er Restitution nachgesucht habe, trotz der erlassenen Inhibitorialien fortfahre. Das Obergericht verwarf indessen die Beschwerde als ungegründet. Eine weitere Eingabe des Restituenten, worin er sich auf die

L. un. Cod. in integr. rest. post. ne quid novi fiat (2. 50.) [1])

und die Verordnung vom 12. April 1806 [2]), wornach das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den

---

1) „Postulata in integrum restitutione, omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, perspicui juris est."

2) Diese Verordnung, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffend,

S. Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung vom J. 1724 ꝛc. mit Supplementen. Darmst. 1830. S. 80.

schreibt vor, daß dieses Remedium Suspensiv-Effect haben solle, wenn entweder bei der Einwendung und Fortsetzung desselben alle gesetzlichen Appellationsfatalien gehörig beobachtet werden oder wenn es wenigstens vor der gänzlichen Vollstreckung eingewendet oder gehörig festgesetzt ward.

vorigen Stand Suspensiv-Effekt haben solle, bezog und für Abwendung der Hülfsvollstreckung zur Niederlegung der judicatmäßigen Summe oder gerichtlichen Unterpfandsbestellung sich erbot, hatte, nachdem er noch weiter eine Staatskasse-Schuldverschreibung über 2000 Gulden zur Sicherheitsbestellung bei Gericht hinterlegt hatte, um dadurch sein Gesuch um Suspension des Zwangsverfahrens um so mehr zu begründen, keinen bessern Erfolg. Das Obergericht verwarf dasselbe, da die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keinen Suspensiv-Effect habe [1]).

---

1) Linde: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. Zweite Ausgabe. Bonn 1828. §. 376. Na. 12. „Dagegen hemmen weder die Nichtigkeitsbeschwerde noch die Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Coustit. 32. de transact. 2. 4. Cap. 6. 7. X. d. J. J. R. 1. 41. unbedingt die Hülfsvollstreckung.

Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civil-Prozeß. München 1828. S. 331. „Was den Suspensiv-Effect betrifft, so gilt zwar im Allgemeinen die Regel, daß die bloße Möglichkeit, noch Restitution suchen zu können, die Vollstreckung des Urtheils nicht hindert, d. h., daß der Sieger auf Execution dringen kann, sobald das Erkenntniß der Zeit nach rechtskräftig geworden ist, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, daß der Gegner noch um Restitution dagegen bitten könnte. Wenn jedoch der verletzte Theil mit dem Restitutionsgesuche dem wirklichen Vollzug der Execution noch zuvorkommt, so wird dadurch allerdings die Execution gehemmt.“

Restituent wendete sich sofort an das höchste Gericht und erwirkte folgende Entschließung vom 10. October 1823:

„Das Großherzogl. Oberappellations Gericht
an
Großherzogl. Hofgericht dahier
in Sachen ꝛc.

Unter Rückschluß der — Acten bemerken wir Ihnen, daß wir in Erwägung, daß

1) wenn gleich in dem vorliegenden Fall nicht von dem eigentlichen remedio, sondern von dem beneficio restitutionis in integrum die Rede und deßhalb die Bestimmung der Großherogl. Verordnung vom 12. April 1806 §. 12. hieher nicht anwendbar ist, doch auch bei dem Letzteren,

---

S. auch Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von den Gebrüdern Overbeck. Bd. 6. Medit. 330. „Ueber die Frage: Ob die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Vollstreckung des Urtheils aufhebe?"

ferner

Carpzov; Responsa L. 2. Tit. 9. Resp. 93. 94.

„Non impedire debet executionem sententiae vel contractus restitutio in integrum."

„Executione jam intendata, non admittitur restitutio in integram, sed differtur post executionem, realiter factam."

Hommel: Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. XVI.

„Restitutionem postulans parere prius debet rei judicatae."

nach klarer Vorschrift der L. un. Cod. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat und der Meinung der angesehensten Rechtslehrer [2])

2) Mevius: Decis. P. II. Dec. 66. Dec. 298. Na. 2.
„Petita contra sententiam restitutione in integrum, suspenditur executio, donec super illa lis finitur, processus sistitur.“
„Hoc inter restitutionem in integrum contra contractum et contra sententiam petitam interest, quod haec regulariter per restitutionem in integrum suspenditur.“

Huber: Praelect. jur. civ. Lib. IV. Tit. 1. §. 10.
„Effectus restitutionis est, quod ea pendente, cuncta manent in statu.“

Stryk: Usus mod. pand. L. IV. Tit. 1. §. 11.
„Petita in integrum restitutione, executionem interim cessare, apparet ex L. un. Cod. in integr. restit. post. ne quid novi fiat. Cui respondet jus canonicum, limitationem subjiciendo: nisi praesumtio malitiae adsit contra impetrantem. Caeterum illam suspensionem executionis in foro obtinere extra dubium est, sicuti de praxi Camerae testantur Myns. etc.“

Leyser: Medit. ad Pand. Spec. 57. Med. 2.
„Firma manet juris romani regula, quod restitutio in integrum executionem suspendat.“

Glück: Ausführliche Erläut. der Pand. Th. 5. §. 441.
„Wenn um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten wird, so muß vor der Hand alles in seinem jetzigen Zustand bleiben, bis über das Gesuch erkannt worden ist. — Wird die Restitution wider ein richterliches Erkenntniß gesucht, so darf der Regel nach vor

vor der Hand alles in seiner bisherigen Lage bleiben muß, bis über das Restitutions-Gesuch erkannt worden ist, wenn nicht besondere Gründe zu einer Ausnahme berechtigen [3]).

2) Die Acten und das Verhältniß der gegenwärtigen Sache aber nach unserm Ermessen einen

---

ausgemachter Sache auch nicht zur Execution geschritten werden."

Gensler: Einiges über die Restitutionen in dem Gange des Civilprozesses, insbesondere gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige Entscheidungen. Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4. Abh. XII. S. 143. „Suspensivkraft hat die Imploration um Restitution contra rem iudicatam allerdings der Regel nach und in so weit, als die Execution dieser res judicata noch nicht vollzogen ist oder insofern nicht aus ihrer schlechten Begründung der Verdacht einer gefährlichen Prozeßverschleifung hervorleuchtet."

3) Gebrüder Overbeck: Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien.

Ueber das Partikularrechtliche vergl. Pratobevera: Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten. Bd. 6. Wien 1822. S. 167.

Füger: Das gerichtl. Verf. in Streitsachen nach der österreichischen Gerichts- und Concursordnung. Th. 3. §. 373.

Wagner: Grundzüge der Ger. Verf. und des prozess. Verf. in Kurhessen. §. 253.

v. Wendt: Vollst. Handb. des bayerischen Civilprozesses. Nürnberg 1827. Th. 1. §. 171.

besondern Grund zur Ausnahme von dieser Regel nicht darbieten und nächstdem

3) Querulant sich zur Sicherheitsbestellung de judicato solvendo erboten, auch zu dem Ende bei dem Landgericht Michelstadt eine Großherzogl. Staatsschulden = Tilgungskasse = Obligation über 1000 Gulden nebst Zins = Coupons wirklich hinterlegt hat,

keineswegs abzusehen vermögen, warum dessen Restitutionsgesuch und der von ihm gegen den stadtgerichtlichen Bescheid vom 22. August vorigen Jahrs eingelegten, gehörig prosequirten Appellation der Suspensiv = Effekt versagt werden sollte."

„Indem wir daher Ihre Verfügungen andurch aufheben, tragen wir Ihnen auf, das hiesige Stadtgericht vordersamst anzuweisen, vor der Hand es bei der gerichtlichen Deposition der bemerkten Obligation in vim cautionis zu belassen und bis zur entschiedenen Sache mit allen exekutivischen Vorschritten gegen den Querelanten einzuhalten."

K.

Ueber die Zulässigkeit und Wirkung der Einrede der Sicherheitsleistung wegen der Wiederklage im Exekutiv-Prozeß.

Die Freifrau von W. in Stuttgardt schloß mit dem Lieutenant V. in Dstdt. unterm 18. December 1822 einen Vergleich ab, wornach sich dieser verbindlich machte, an Erstere bis zum 1. Febr. 1823 die Vergleichssumme von 200 Gulden zu zahlen, beide Theile aber wegen einer angeblichen Forderung des Letzteren an Erstere sich zu einer schiedsrichterlichen Entscheidung vereinigten. Diese Entscheidung fiel dahin aus, daß die Forderung als zur Compensation auf die Vergleichssumme geeignet nicht zu betrachten sey. Auf diese Vergleichssumme nebst Zinsen stellte die Freifrau von W. unterm 21. April 1824 bei Großherzogl. Hofgericht in Dstdt. gegen ihren Schuldner eine exekutivische Klage an. Implorat war dieser Klage geständig und erklärte sich bereit, die Implorantin zu befriedigen, wenn sie, da er gegen sie eine Wiederklage auf seine, als blos zur Compensation nicht geeignet erklärte, Forderung von 200 Gulden nebst Zinsen vom 7. October 1808 anstellen wolle, als Ausländerin eine cautio pro reconventione auf den Betrag von 360 Gulden zuvor geleistet haben würde. Die Implorantin brachte hiergegen, das Eingeständniß des Imploraten annehmend, vor, daß dessen Verlangen im Exekutiv-Prozeß unstatt-

haft sey und die Beitreibung ihrer, nun liquiden, Forderung wegen einer zukünftigen Wiederklage nicht gehemmt werden könne.

Das Gericht gieng bei der Entscheidung, sich auf den, von ihm bei früheren Veranlassungen ausgesprochenen und in Anwendung gebrachten Grundsatz stützend, daß das Verlangen des Imploraten wegen Sicherheitsleistung pro reconventione überhaupt ungeachtet der Eigenschaft der gegen ihn angestellten Klage als exekutivische Klage, begründet sey [1], davon aus, daß dieser Antrag nichts anders als eine verzögerliche Einrede bilde [2]. Da eine solche bis

---

1) Mevii Decisiones. P. III. Dec. 22:
„Sicut in executivis processibus nec non summariis „causis reconventioni quoque locus est, ita etiam „exceptioni satisdationis, pro ista praestandae.“
Leyser: Medit. ad Pand. Spec. 34. Med. 6. 7.
„Magis dubium est, utrum in processu executivo, qui omnium celerrime expediri debet, reus cautionem pro reconventione — poscere queat. Sed et hic eam exigimus, tum, quod — in omnibus illa causis necessaria est, tum, quod natura processus executivi eam prae ceteris requirere videtur.“
Wernher: Sel. Obs. forens. T. II. P. 7. Obs. 233. T. III. P. 2. Obs. 298.
Engau: Decisiones et responsa. T. I. Decis. 213. n. 3.
C. G. Schmidt: Theor. prakt. Commentar über J. L. Schmidts praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Bd. 1. §. 121.

2) Danz: Ordentlicher Prozeß §. 161.

zu ihrer Erledigung dem Ausgang der Hauptsache präjudicire, so müsse auch im vorliegenden Fall die absolute Realisirung des Rechtes der Implorantin in so lange suspendirt bleiben, bis von ihrer Seite das Hinderniß auf gehörige Weise aus dem Wog geräumt sey. Die Schuld sey daher für liquid, der Implorat aber für befugt zu erklären, sie in so lange einzubehalten, bis Implorantin genügende Caution wegen der von Imploraten anzustellenden Wiederklage geleistet haben werde. Hiernach erkannto das Gericht unterm 10. November 1824 dahin:

„Daß die Capitalforderung mit 200 Gulden für liquid und Implorat für schuldig zu erkennen sey, solche nebst Zinsen an die Implorantin zu bezahlen, wenn dieselbe zuvor darüber, daß sie sich auf die von dem Imploraten bei Großherzogl. Hofgericht dahier angestellt werdende Wiederklage einlassen wolle, eine genügende Sicherheit von 360 Gulden gestellt haben werde ꝛc.“

Das angenommene Präjudiz wurde dahin redigirt:

„In Sachen ꝛc. kam die Frage zur Sprache: Ob die exceptio cautionis pro reconventione auch im Exekutivprozeß statthaft und mit der Wirkung verbunden sey, daß dadurch der Implorat in so lange zur Zahlung der, gegen ihn eingeklagten Forderung nicht verpflichtet sey, bis die Cautionsleistung wirklich stattgehabt habe?“

Dieselbe wurde durch Urtheil vom 10. November bejahend entschieden, wenn für die Statthaftigkeit der demnächst anzustellenden Wiederklage ein rechtlicher Grund angeführt sey [3]."

L.

Zur Interpretation der Verordnung vom 5. Mai 1820, das Exekutions-Verfahren bei gezwungenen gerichtlichen Veräußerungen unbeweglicher Güter betr [1]).

Der Großherzogl. Kanzleisekretär K. in Darmst. lieh den J. St.'schen Eheleuten in Hammelbach ein Kapital von 400 Gulden gegen gerichtliche Verunterpfändung von Immobilien. Da es wegen der Säumigkeit der Schuldner zum gerichtlichen Verkauf der Unterpfänder durch das Landgericht F. kam, aber kein Gebot geschah, forderte dieses Gericht durch Dekret vom 6. Mai 1822, unter Bezug auf die Verordnung vom 5. Mai 1820 über das Exekutionsver-

3) Mevius l. c. „non aliter haec (satisdatio) actori irrogenda, quam si reus, exceptionem opponens, simul causam, de qua reconvenire velit, allegat." Danz ordentlicher Prozeß §. 464.

1) Regierungsblatt vom Jahr 1820 Nr. 28. Diese Verordnung ist auch als Anhong Lit. B. der neusten Auflage der Prozeßordnung v. J. 1724 (mit Supplementen) Darmstadt 1830. S. 307—310. abgedruckt.

fahren bei gezwungenen gerichtlichen Veräußerungen unbeweglicher Güter den Pfandgläubiger zur Erklärung darüber auf, ob er die Adjudikation der Pfand-Objekte für die Taxationssumme von 700 Gulden verlange. Der Pfandgläubiger erklärte hierauf sich verneinend und bat, daß eine neue Versteigerung verfügt und derselben sein Angebot mit 450 Gulden zu Grund gelegt werde. Das Landgericht verfügte zwar eine neue Versteigerung, berücksichtigte aber das Gesuch des Gläubigers wegen des Angebots nicht und wiederholte, da abermals von Seiten eines Dritten kein Gebot abgegeben wurde, die frühere Aufforderung zur Erklärung wegen der Adjudication pro pretio taxato. Der Pfandgläubiger bat hierauf, dem Schuldner aufzugeben, verordnungsmäßig innerhalb sechs Wochen einen Käufer der Unterpfänder zu suchen, widrigenfalls diese dem Meistbietenden um jeden, auch nicht das taxatum erreichenden, Preis überlassen werden würden. In der Entschließung hierauf sprach sich das Landgericht dahin aus: daß nach der Verordnung vom 5. Mai 1820 dem Schuldner, ehe und bevor auf die aufgesteckten Grundstücke Gebote geschehen, die Auflage, sich binnen 6 Wochen einen besseren Käufer zu suchen, nicht gegeben werden könne, daß sofort eine solche Auflage überhaupt nicht platzgreiflich sey, wenn der Gläubiger ohne alle weitere Concurrenz von Steigliebhabern ein Gebot unter dem taxirten Werth abgegeben habe, indem in solchen Fällen der Gläubiger den Zuschlag nur

pro pretio taxato rechtlich anzusprechen befugt sey.

Ob nun gleich der Pfandgläubiger hierauf vorstellte, daß die übrigen Gerichsstellen der Provinz in Bezug auf die Verordnung vom 5. Mai 1820 von einer ganz andern Ansicht ausgiengen und in Fällen, da auf die Unterpfänder bei mehrmaligen Versteigerungen keine Gebote geschähen, dem Schuldner aufgäben, innerhalb sechs Wochen einen Käufer zu suchen, diese Verfahrungsart auch im Geist der Verder Verordnung gegründet sey, indem es sonst nicht möglich wäre, dem Gläubiger, welcher der Adjudication pro pretio taxato, wozu er nicht gezwungen werden könne, nicht nur widerspreche, sondern sogar ein Gebot thue, zu seinem Recht zu verhelfen — so sprach sich doch das Gericht wiederholt dahin aus, daß ihm die Unterpfänder nur dann heimgewiesen werden würden, wenn er sich erbiete, den, durch gerichtliche Taxation ermittelten Werth von 700 Gulden dafür zu bezahlen.

Nun wendete sich der Gläubiger beschwerdeführend an das Obergericht: Die Verordnung vom 5. Mai 1820, welche blos über Adjudicationen pro pretio taxato, nicht aber für den Fall Bestimmungen enthalte, wenn der Gläubiger eine bestimmte Summe angeboten habe, schreibe ausdrücklich vor, daß er nicht gezwungen werden könne, sich sein Unterpfand pro pretio taxato adjudiciren zu lassen und untersage ihm nirgends, eine beliebige Summe darauf

auzubieteu. Sobald aber dadurch ein Gebot geschehen sey, müsse die Bestimmung der Verordnung, „daß dem Debitor zur Aufsuchung eines besseren Käufers ein Termin von sechs Wochen präfigiret, nach dessen fruchtlosem Ablauf aber das Gut nochmals aufgesteckt und alsdann ohne Rücksicht auf die Schatzung dem Meistbietenden heimgeschlagen werden soll," eintreten, indem, wenn außer dem Gläubiger niemand auf das Unterpfand biete, dieser unläugbar der Meistbietende sey. Das Untergericht sey daher anzuweisen, daß es vordersamst dem Schuldner aufgebe, sich innerhalb sechs Wochen einen besseren Käufer aufzusuchen, widrigenfalls er sich zu gewärtigen habe, daß ihm, (Gläubiger) falls bei einer nach Ablauf dieses Zeitraums nochmals ordnungsmäßig vorzunehmenden Versteigerung keine weitere Gebote geschehen sollten, die Unterpfänder für sein Gebot von 450 Gulden eigenthümlich zuerkannt werden würden.

Nach erfordertem Bericht des Untergerichts, der dahin erstattet wurde:

„Der Gläubiger, zu dessen Befriedigung ein Grundstück aufgesteckt wird, hat, wenn niemand bietet, das Recht, die eigenthümliche Ueberlassung des aufgesteckten Grundstücks zu verlangen; Er muß aber dafür den taxirten Werth bezahlen; Geschehen dagegen bei der Versteigerung wirklich Gebote, das Grundstück kann aber nicht auf einen billigen, dem taxato ziemlich

gemäßen, Preis gebracht werden, dann soll dem Eigenthümer ein Termin von sechs Wochen zur Aufsuchung eines besseren Käufers anberaumt, dann aber nach dessen fruchtlosem Ablauf das Grundstück nochmals versteigert werden, und wenn die Verletzung nicht allzustark ist, der Zuschlag geschehen. Dies sagt die Verordnung vom 5. Mai 1820, und ihr gemäs glaubt man verfahren zu seyn. Zu glauben, daß, wenn der Creditor ein Angebot weit unter dem taxirten Werth thnt, sonst abrr niemand weiter bietet, dieser das Recht habe, im Falle der Beklagte nicht binnen sechs Wochen einen besseren Käufer findet, nach vorgängig nochmaliger Ausbietung den definitiven Zuschlag unter dem taxirten Werth anzusprechen, hiezu giebt die angezogene Verordnung keinen Grund. Dieß verlangte jedoch der Quärulant, und er beharrte auf seiner Ansicht, wie aus seiner rückangeschlossenen Vorstellung erhelltet. —

F. am 10. December 1822."

resolvirte Großherzogl. Hofgericht in Darmstadt unterm 18. December 1822 dahin: „Wenn gleich durch die Verordnung vom 5. Mai 1820 der Inhalt der früheren Verordnungen auf sämmliche neuerworbene Lande bekannt gemacht wird, so ist doch der, gleichfalls einschlagenden, Verordnung vom 21. Febr. 1812 [2])

---

2) Verordnungssammlung vom Jahr 1812 Nr. 35. S.

darinnen nicht erwähnt und noch weniger dieselbe aufgehoben worden. Da aber nach dieser der Zuschlag ohne Rücksicht auf eine, gegen die Taxation sich ergebende, Verletzung unwiderruflich erfolgen soll [3]), so hätte allerdings dem Querulanten auf sein Gebot das Unterpfand zugeschlagen werden müssen, indem es nicht darauf ankommen kann, ob viele oder wenige Concurrenten erscheinen, da in dem Gläubiger oder dessen Mandanten ein Steigerer sich eingefunden hatte. Das Landgericht hat daher die Versteigerung nochmals bekannt zu machen und, insofern sich in dem Termine außer dem Steigerer kein anderer Liebhaber einfinden sollte, nach der Verordnung vom Jahr 1812 zu verfahren." —

Diese Resolution veranlaßte das Obergericht zugleich zur Fixirung eines Präjudizes: „In Sachen rc. ist in das Civil-Präjudizienbuch einzurücken: Die in rubricirter Sache von dem Kanzleisekretär K. gegen eine von dem Landgericht F. mit Umgehung der, über Zwangsversteigerung bestehenden, Verordnung vom J. 1812 ertheilte, auf die Verordnung v. 5. Mai 1820 gegründete, Verfügung, gerichtete Beschwerde gab die

---

20. 21. Abgedruckt als Anhang a. a. O. S. 302 bis 304.

3) Im §. 2. der Verordnung heißt es: „Bei der Erkennung der Execution eines liegenden Guts soll sogleich der Tag bestimmt werden, an welchem das ergriffene Stück Gut öffentlich versteigert werden und der Zuschlag unwiderruflich geschehen soll."

Veranlassung zur Auslegung der letzteren Verordnung hinsichtlich der Entscheidung der Frage:

„ob, wenn nur ein Steigliebhaber im Versteigerungstermin erscheint, das Gut diesem zugeschlagen werden könne, oder ob der Gläubiger nur angewiesen werden dürfe, sich darüber zu erklären, ob er von den verpfändeten Grundstücken sich für den angesprochenen Schuldbetrag nur soviel, als nöthig, pro pretio taxato adjudiciren lassen wolle, insofern der Schuldner binnen einer sechswöchentlichen Frist keinen besseren Käufer ausgemacht haben werde."

Das Hofgericht glaubte der jüngsten Verordnung die doctrinelle Auslegung geben zu müssen, daß, da in dieser der Verordnung von 1812 nicht erwähnt, diese daher auch nicht aufgehoben sey, sondern, nach geschehener herkömmlicher Bekanntmachung der Versteigerung der Güter, der unwiderrufliche Zuschlag erfolgen müsse, und daß, so wenig eine Versteigerung deswegen angefochten werden könne, wenn bei einer zwar stattfindenden Concurrenz nur ein Steigerungsliebhaber sein Gebot abgebe, dieses eben so wenig dann der Fall seyn dürfe, wenn nur ein Kaufliebhaber erscheine und biete, indem es dem Gläubiger nicht nachtheilig werden dürfe, wenn von der Gemeinde Niemand erschiene.

Darmstadt den 16. Januar 1823."

M.

Welchen Einfluß äußert die Anbringung des Editionsgesuchs gegen den dritten Besitzer einer Urkunde auf die Hauptsache in Bezug auf deren Fortgang? [1])

In Sachen des P. R. in F. C. Klägers, gegen die Erben des verstorbenen A. K. St. daselbst, Beklagte, reichte Ersterer bei dem Gericht, Großherzogl. Hofgericht in D. innerhalb der Beweisfrist eine Eingabe ein, worin er erklärte, er wolle den aufhabenden Beweis durch eine Urkunde antreten, welche sich in den Händen eines Dritten befinde und um Erstreckung der Beweisfrist bis zur geschehenen Edition derselben durch diesen dritten Besitzer bat. Auf diese Veranlassung sprach sich das Gericht unterm 5. November 1828 dahin aus, daß, wenn der Producent den dritten Besitzer der Urkunde, womit er den Beweis antreten wolle, innerhalb der Beweisfrist (bei dessen competenten Gericht) um Edition derselben angegangen hätte, ihm diese Frist so lange offen stehe, bis dieser dritte Besitzer ausgeklagt sey [2]).

---

1) Eine Erörterung dieser Frage hat der Herausgeber in einer Abhandlung im vierten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening = Ingenheim, versucht.

2) Ueber die verschiedenen Ansichten s.

N.

Ueber die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae), wenn sie gegen einen gerichtlich bestätigten Schuldschein, in welchem derselben ausdrücklich entsagt ist, gerichtet wird.

Die S. M. W. in Dstdt., im Besitz einer gerichtlich bestätigten, unter Zugrundlegung eines gedruckten Formulars ausgefertigten, Schuldurkunde, worin der Gartenwirth H. mit ausdrücklicher Verzichtleistung auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes bekannte, daß er von ihr ein Darlehn von 300 Gulden erhalten habe, und ihr zur Sicherheit eine Nachhypothek bestellte, klagte im Jahr 1816 nach dem Tod ihres Schuldners gegen dessen Masse bei

---

Claproth: Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß. §. 229.

Danz: Grundsätze des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses. §. 315.

Gensler: Handbuch zu Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses. Th. 1. S. 84. 85. 101.

Dessen vollständ. Commentar über Martins Civilprozeß-Lehrbuch, herausgegeben von Morstadt. Band 1. S. 374.

Martin: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Prozesses. §. 199.

Linde: Lehrb. des deutschen. gem. Civilprozesses. Auflage 2 §. 281. 290.

dem Stadtgericht D. ihre Forderung ein. Der für diese bestellte Curator ad lites stellte die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegen. Klägerin erwiederte, daß die Schuldurkunde den ausdrücklichen Verzicht auf diese Einrede ausspreche, diese also nicht vorgeschützt werden könne. Schließlich versetzte der Anwalt der Beklagten, diese Verzichtleistung in der Schuldurkunde komme nicht in Betracht, da sie in jeder enthalten sey und in sie längst vor der Zahlung des Geldes aufgenommen werde.

Hierauf erkannte Großherzogl. Stadtgericht unterm 22. Juli 1816 dahin, daß die beklagte Masse unter Verwerfung der unstatthaft eingewendeten Einrede des nicht empfangenen Geldes, als welche eine gerichtlich bestätigte Schuldverbriefung nicht treffen könne [1]), zur Zahlung des Eingeklagten schuldig sey. Der Vertreter der Beklagten erhob dagegen Appellationsbeschwerde. Der Grund des Gesetzes, wornach ein Schuldschein den Beweis der Zahlung erst dann liefern solle, wenn er über zwei Jahre alt sey, sey der, weil es sich öfters ereigne, daß Leute dergleichen Schuldscheine ausstellten ohne die, darin be-

---

1) Ueber diese Rechtsfrage findet sich eine Entscheidung der Juristenfakultät in Jena bei
Engau: Decisiones et Responsa juris selecta. Jenae 1761. P. II. dec. 148: „Num contra chirographum, judicialiter confectum, exceptio non numeratae pecuniae locum habeat?"
wornach diese Frage bejaht wurde.

merkten Summen erhalten zu haben. Dieser Grund treffe aber eben so gut bei gerichtlich bestätigten, als Privatschuld-Verschreibungen ein. Die Bestätigung werde jederzeit vor der Zahlung ertheilt. Sey diese geschehen, frage der Richter nicht darnach, ob der Anleiher den Betrag auch erhalte. In der Bestätigung könne also der Beweis dieses Moments nicht enthalten seyn und kein Grund zu einer Ausnahme von dem Gesetz liegen, um so weniger, als nicht die Constatirung dieser Thatsache, sondern die Verleihung eines Vorzugsrechts der Zweck der richterlichen Confirmation sey.

Der Unterrichter führte in dem Appellationsbericht Folgendes zur Rechtfertigung der Entscheidung an: „Wenn irgend ein Schuldner einen gedruckten Darlehnsschein, in welchem klar und deutlich der Einrede des nicht empfangenen Geldes ausdrücklich entsagt wird, an den einschlägigen Orten schriftlich ausfüllt und demnächst eigenhändig unterschreibt, so bekennt er sich dadurch zu dessen Inhalt und es ist confessio debiti vorhanden [2]. Legt er nun

2) Vergl. dagegen Unterholzner: Ueber die exceptio non numeratae pecuniae. (Archiv für die civilistische Praxis Band 7. S. 1 — 58.) der S. 47. 48. lehrt: „Die Frage, ob eine Entsagung auf die except. n. n. pec. von Wirkung ist, wird gewöhnlich mit Unterscheidung beantwortet. Eine Entsagung, die in einer besonderen Urkunde späterhin stattgefunden hat, wird als wirksam betrachtet und allerdings scheinen hier

durch sein eigenes Interesse und den, sich sichern wollenden, Gläubiger angetrieben, die von ihm ausgefüllte und eigenhändig unterschriebene gedruckte Darlehnsurkunde seinem Richter zur gerichtlichen Bestätigung bittend vor und erfolgt Letztere, des Schuldners Bitte gemäs, so liegt in dieser Handlung des Schuldners ein wiederholtes Schuldbekenntniß, reiterata confessio debiti, und in der darauf folgenden Bestätigung des willfahrenden Richters ein

dieselben Gründe einzutreten, wie bei einer nochmaligen Bescheinigung. Eine in der Schuldverschreibung oder in der Quittung selbst enthaltene Entsagung wird dagegen für wirkungslos erklärt, wohl nicht mit Unrecht; denn dergleichen Entsagungsclauseln werden leicht stehende Artikel in den Formeln der Schuldurkunden und Quittungen. Der Zweifel, der rücksichtlich der numeratio pecuniae gegen Urkunden ohne Entsagungsclauseln erhoben werden kann, muß daher auch gegen Urkunden, welche jene Clausel enthalten, zugelassen werden."

Nach dem Zeugniß von Pufendorf Observ. jur. univ. Tom. I. Obs, 64. §, 5, der sich gleichfalls zu der Ansicht bekennt, daß ein Verzicht auf die Einrede der Vorausklage in der Schuldurkunde diese nicht ausschließe, hat das Oberappellationsgericht in Celle, diese Meinung theilend, hiernach entschieden. Nach dem Zeugniß von Mevius Decis. P. II. dec. 22. war dieses auch Praxis bei dem obersten Tribunal in Wismar. Der gleichen Theorie ist zugethan

Madihn: Princip. jur. rom. P. II. §. 239.

Cocceji: Jus. civ. contr. L. 12. Tit. 1. qu. 30.

öffentliches Schuldbekenntniß zum Vortheile des Gläubigers. Es ist hier alsdann von einer öffentlichen Urkunde die Rede, welche, weil sie den öffentlichen Glauben für sich hat, selbst keiner Recognition bedarf und, den Schuldner auf Verlangen des Gläubigers zur inhaltsgemäßen Zahlung, erforderlichen Falls durch Zwangsmittel, anzuhalten, dem Richter auferlegt.

Schmidt: Theor. prakt. Commentar zum Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Leipzig 1794. Band 4. S. 77.
Hommel: Rhaps. Vol. VI. S. 522. §. 7.
Claproth: Exekutioprozeß S. 49 — 55.
L. 2. Dig. in fine ad leg. aquil.
L. 1. Dig. de conf.
L. 11. §. 9. Dig. de interr. in jur. fac.
L. 56. de re jud."

Das Gericht zweiter Instanz, Großherzogl. Hofgericht in D. bestätigte unterm 19. Februar 1817 das Erkenntniß erster Instanz nach dem Antrag des Re- und Correferenten, die sich in ihren Gutachten im Allgemeinen auf die unterrichterlichen Entscheidungsgründe bezogen und nur noch Folgendes hinzufügten: „Der Grund, warum die Gesetze dem Schuldner die Vorschützung der Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb der bestimmten Frist gestatteten, liegt wohl darin, weil der Schuldschein dem Gläubiger meistens vor Auszahlung des Geldes ausgestellt wird und sich mithin hieraus ein ganz sicherer Be-

weis der Zahlung nicht entnehmen läßt und es findet dieselbe nach

Thibaut: Pand. System §. 1180.

Hellfeld: Jurisp. for. §. 787 [3])

nur statt, wenn Geld auf den Schuldschein geschossen, nicht aber, wenn dasselbe vor Ausstellung des Schuldscheins dargeliehen worden ist [4]). Das Letztere tritt aber hier ein, da der Schuldner in der von dem Appellanten sonst als richtig anerkannten Schuldverschreibung selbst einbekennt, daß ihm die eingeklagte Summe vor Uebergabe des Schuldbriefs baar ausbezahlt worden sey und es erscheint mithin auch aus diesem Grunde die vorgeschützte Einrede als unstatthaft."

---

3) Zu gleicher Ansicht bekennt sich

Meurer: Juristische Abhandlungen und Beobachtungen. Erste Sammlung. Abh. 2. „Die Lehre von der exceptio non num. pec." §. 29 — 36.

Unterholzner a. a. O. §. 3. S. 8 rc.

4) Abweichender Meinung sind

Pfeiffer: Vermischte Aufsätze. Marburg 1803. §. 13. 14.

Glück: Ausf. Erläut. der Pand. Band. 12. §. 786. S. 153 — 155.

v. Wening-Ingenheim; Lehrb. des gemeinen Civilrechts, Buch 3. §. 345.

O.

Der Beweisführer ist, wenn er auch weniger als halb bewiesen hat, zum Erfüllungseid zuzulassen, wenn er de veritate zu schwören sich erbietet, der Product aber nur de nescientia schwören kann.

In Sachen des Bürgers und Gartenwirths B. in Dstdt. Klägers, gegen Gastwirth T. in Bess. nun dessen Erben, Beklagte, erkannte Großherzogl. Hofgericht in Dstdt. nach dem Tod des Erblassers der Letzteren unterm 13. Aprtl 1821 dahin, daß Ersterer [1]) annoch den Erfüllungseid (zu dessen Ableistung er ssch erboten) abzuleisten habe. Die Beklagten ergriffen gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Revision, indem sie auszuführen versuchten, daß, da Kläger weniger als halb bewiesen habe, nicht dieser zum Erfüllungseid, sondern sie zum Reinigungseid zuzulassen seyen. Großherzogl. Hofgericht bestätigte jedoch in revisorio unterm 19. Juni 1822 die angefochtene Entscheidung aus mehreren Grüuden, namentlich aber darum, weil der klagende Theil de veritate zu schwören sich erboten habe, die beklagten Erben aber nur den Nichtwissenseid ablegen könnten, in solchem Fall aber das Ermessen des Richters

1) der den aufhabenden Beweis durch einen Zeugen angetreten.

ohne Rücksicht darauf, ob der Beweis bis zur Hälfte erbracht, eintreten müsse [2]).

2) Schneider: Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweis. Gießen und Darmstadt 1803. §. 400. 401.

„Der Regel nach muß der Richter alsdann, wenn der Producent seinen Beweis halb oder mehr als halb geführt hat, diesen zum Ergänzungseid, wenn er aber weniger als halb bewiesen hat, den Producten zum Reinigungseid zulassen. Diese Regel leidet jedoch folgende Ausnahmen, 1) wenn nämlich, im Falle des geführten halben oder mehr als halben Beweises der Producent nur von Nichtwissen, der Product aber von Gewißheit schwören kann, so gebührt dem Reinigungs-Eide vor dem Ergänzungseide der Vorzug, es sey denn, daß der geführte mehr als halbe Beweis dem vollkommenen sehr nahe käme. Umgekehrt verhält sich die Sache, wenn, im Falle des geführten weniger als halben Beweises der Product nur von Nichtwissen, der Producent hingegen von Gewißheit zu schwören im Stande und bereit ist, es sey denn, daß jener weniger als halbe Beweis so schwach wäre, um nur einen sehr geringen Grad von Wahrscheinlichkeit hervorzubringen."

Heffter: Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1824. S. 235.

„Wem der Eid aufzuerlegen, muß wieder nach der größeren Wahrscheinlichkeit ermessen werden, von welcher Parthei die Wahrheit am besten zu erfahren seyn werde."

Berger: Oeconomia juris L. 4. Tit. 25. th, 4,

Schorch: Responsa et sent. facult. jurid. Erford.. No. 239. §. 17.

S. dagegen Canngiesser: Decis. Hassocasell. Tom. II. Decis. 302.

„Deßwegen das juramentum suppletorium regulariter eine probationem plus quam semiplenam, welche wenigstens auf die Aussage eines testis omni exceptione majoris nebst andern adminiculis beruhet, erfordert.“

Malblanc: Doctrina de jurejurando. Tubingae 1820. S. 214. 215. „Decernitur jusjurandum suppletoriam si unius testis omni exceptione majoris affirmatio credibilis est et ex conditione personarum, negotii ac reliquorum adminiculorum ipsum verisimilia affirmasse apparet.“

Engau: Decis. et resp. P. I. Dec. 509.

Martin: Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 179. „Bei nicht einmal halb geführtem Beweise kann nur auf den Reinigungseid erkannt werden.“

Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. S. 405. 406. „Hat der Beweisführer mehr, als halben Beweis geliefert, so ist er zum Erfüllungseid, hat er aber weniger als halben Beweis hergestellt, so ist der Product zum Reinigungseid zuzulassen. Wenn gerade halber Beweis geliefert worden seyn sollte, so würde sich der Richter an folgende Regeln zu halten haben; 1) Wenn bei einer Parthei bessere Kenntniß der Sache vorausgesetzt werden kann, als bei der andern, so ist jene zum Eid zuzulassen, dieser mag nun der Erfüllungs- oder Reinigungseid seyn.“

Linde: Lehrbuch des Civilprozesses. §. 319.

Mevius: Decis. P. IV. Decis. 155.

„Ad judicis officium pertinet, diligenter considerare, et exacte ponderare, an et quando semiplene

probatum fuerit. In quo defectu reperto, regulae potius standum, quam ut ad juramentum suppletorium decurratur. Secus si fiet, appellare licitum atque appellatio admittenda erit."

Gensler: Grundzüge der Hauptregeln, welche der Richter bei der Ertheilung eines Enderkenntnisses nach geführten Beweisen zu berücksichtigen hat. Archiv für die civilistische Praxis. Band 4. Abh. XXI. S. 276. 277. „Ist der unvollkommene Beweis weniger als halb, so wird dem Producten das purgatorium auferlegt — Glaubt sich der Richter aber so stark von der Wahrheit als von der Unwahrheit des Beweisthums überzeugt, — so wird resp. das suppletorium resp. das purgatorium erkannt. In Bezug auf dieses Schwanken der Wage geben die Gesetze folgende allgemeine Regeln: a) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden, (sey dieses supplerorium oder purgatorium), welcher de veritate schwören kann, während sein Gegner nur dessen Wissen und Glauben zu beschwören vermöchte ꝛc."

von Globig sagt in seiner Schrift: Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. Th. 2. Regensb. 1806. S. 102. „Der Erfüllungseid hat noch weniger Gründe der Rechtlichkeit und Wahrscheinlichkeit für sich, als der Reinigungseid. Denn er ist ein Zeugniß des Beweisführers in eigener Sache, eine Behauptung, bei welcher er die nachtheiligen Folgen des falschen Eides weniger als in andern Fällen zu fürchten hat, weil die für ihn nach dem gerichtlichen Erkenntniß vorhandenen unvollkommenen Beweismittel ihm die Vermuthung der Rechtlichkeit beilegen."

Um das Partikularrechtliche zu berühren, so ist

nach der Baierischen Prozeßordnung die Existenz eines wenigstens halben Beweises überall Bedingung der Zulässigkeit des Erfüllungseides.

S. v. Wendt: Vollständiges Handbuch des baierischen Civilprozesses. Nürnb. 1827. §. 117.

Dasselbe ist nach der österreichischen Gesetzgebung der Fall.

Füger: Das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österreichischen Gerichts- und Concursordnung. Wien 1828. Th. 2. S. 38. §. 212. „Wenn ein Theil über einen erheblichen, die Streitsache entscheidenden Umstand zwar keine vollständige, doch eine halbe oder mehr als eine halbe Probe beigebracht, und sich erboten hat, diesen Umstand eidlich zu bestätigen, kann ihm der Erfüllungseid aufgetragen, folglich gestattet werden, den Beweis mit seinem Eide zu ergänzen.“

Der Gönner'sche Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen enthält Bd. 1. Buch II. Kap. 10. §. 2. folgende Bestimmung:

„Der unvollständige Beweis muß 1) durch einen Eid entweder ergänzt oder entkraftet, daher vom Richter entweder dem Beweisführer der Ergänzungseid oder dessen Gegentheil der Reinigungs-Eid durch ein Urtheil auferlegt werden und zwar ist 2) im Fall eines mehr als halben Beweises auf den Ergänzungseid ohne allen Unterschied zu erkennen; ist 3) ein halber Beweis vorhanden, so wird in der Regel auf den Ergänzungs-Eid erkannt.“

P.

Zur Interpretation des, in der Verordnung vom 19ten Februar 1774, die Curatel über das Vermögen der Abwesenden betr., vorkommenden Ausdrucks: „nächste Anverwandte." *)

In Sachen des C. M. R. in Bessungen, gegen die Intestaterben der Gebrüder J. M. und J. J. M. daselbst wendete sich das höchste Gericht am 19. December 1780 an das geheime Ministerium, indem es demselben namentlich den Zweifel zur Entscheidung vortrug, ob unter dem Ausdruck: der Verordnung vom 19. Februar 1774 „nächste Anverwandten" diejenigen, welche dem Verschollenen bei seiner Entfernung aus dem Vaterlande, oder die, welche ihm zu der Zeit, wo er von den Gesetzen für todt vermuthet werde, die nächsten gewesen, zu verstehen seyen. Es äußert sich dabei, es sey der Meinung derjenigen Rechtslehrer, welche sich für die Nähe der Verwandtschaft aus der Zeit des, durch die Gesetze vermutheten, Todes eines Abwesenden, somit für die Succession ex nunc bestimmten.

*) S. dieses Bändchen S. 84 — 86.

Q.

Zur Interpretation der Stempelpapier-Verordnung vom 21. Juni 1808 und 24. Juli 1809. Zuziehung von Stempelpapier zu Kaufmanns- und Handwerks-Rechnungen als Bedingung der Verbindlichkeit zur Zahlung.

Die Verordnung vom 21. Juni 1808, „Stempelpapier-Verordnung,“ bestimmt, daß zu Kaufmannsrechnungen und Handwerkszetteln Stempelpapier adhibirt werden soll, und führte für sie einen Gradations-Stempel ein. Die Verordnung vom 24. Juli 1809 bestimmt:

1) daß blos Kaufmanns-Conti (und Handwerkszettel) über 10 Gulden dem in der Stempelpapier-Verordnung ausgedrückten Gradations-Stempel, sie mögen beim Gerichte producirt werden, oder nicht, jeden Falls unterworfen seyn sollten;

2) daß der Debitor erst dann zur Zahlung eines Kaufmanns-Conti (oder Handwerksrechnung) schuldig sey, wenn es ihm, auf das verordnungsmäßige Stempelpapier geschrieben, zugestellt werde.

Die Stempel- und Taxordnung vom 27. August 1822, die sich lediglich mit dem Gerichtsstempel beschäftigen, läßt es bei den älteren Stempelgesetzen hinsichtlich aller Bestimmungen, welche sich nicht auf gerichtliche Eingaben und Ausfertigungen, sowie über-

haupt auf gerichtliche Geschäfte beziehen. Namentlich hebt sie die älteren Vorschriften hinsichtlich des Stempels bei außergerichtlichen Angelegenheiten nicht auf [1]).

Der Hauptmann G. in D. wurde den Kaufleuten K. und B. daselbst für erkaufte Waaren den Betrag von 250 Gulden 21 kr. schuldig und leistete, nachdem er hierüber specificirte Rechnung erhalten, nach und nach Abschlagszahlungen, wodurch er seine Schuld auf den Rest von 104 Gulden 12 kr. verminderte. Nachdem die letzte Stückzahlung erfolgt war, erkief er bei diesen Kaufleuten weiter für 23 Gulden 29 kr. Waarrn.

Sowohl auf den Rest der älteren Schuld mit 104 Gulden 12 kr., als die spätere Schuld mit 23 Gulden 29 kr. nnterm 12. Juli 1824 bei Großherzogl. Hofgericht in D. belangt, erwiderte der Schuldner auf die Klage, die Richtigkeit seiner Schuld anerkennend: Nach der Verordnuag vom 24. Juli 1809 sey seine Verbindlichkeit zur Zahlung durch Zustellung eines Conto's auf Stempelpapier bedingt, so, daß, ehe dieses geschehen, keine Klage darauf statt-

---

1) Sie sagt Absch. 3. §. 29. pos. 2. „Nicht minder sind die in unserer Stempelpapier-Verordnung vom 21. Juni 1808 und den Nachträgen dazu enthaltenen Bestimmungen über das, zu gerichtlichen Eingaben und von den Gerichten zu gebrauchende Stempelpapier, insoweit sie sich nicht in dieser Verordnung ausdrücklich bestätigt finden, aufgehoben."

haft sey. Da nun Kläger vor der angestellten Klage diese Zustellung nicht bewirkt hätten, so bäte er um Abweisung der Kläger unter Verurtheiiung in die Kosten.

Replicando behauptete Kläger, die fragliche Vorschrift sey durch die Stempel- und Taxordnung vom 27. August 1822 aufgehoben worden. Außerdem stehe dem Beklagten, der allerdings vor Anstellung der Klage eine, auf das gesetzliche Stempelpapier geschriebeue, Rechnung erhalten, der Umstand entgegen, daß er ihnen vor der Klage ihre Befriedigung zugesichert und auch Stückzahlungen geleistet, folglich verzichtend seine Verbindlichkeit zur Zahlung anerkaunt habe.

Beklagter Duplicando (unter Abläugnung der Behauptung des Klägers, daß ihm eine solche Rechnung vor der Klage zugekommen und von ihm eine als Verzicht anzusehende Zusicherung ertheilt worden sey): Die Stempel- und Taxordnung vom 27. August 1822 habe die früheren Vorschriften nur hinsichtlich der gerichtlichen Taxen aufgehoben und in allen andern Beziehungen bestehen lassen. Der Umstand, daß Stückzahlungen erfolgt seyen, sey unerheblich. Denn dadurch habe er nur auf sein früheres Recht Verzicht geleistet.

Hierauf erkannte das Gericht dahin, daß Beklagter zur Bezahlung der, vor der letzten, unterm 11. July 1820 stattgehabten, Abschiagszahlung bestandenen Schuld von 250 Gulden 21 kr. nach Abzug der

abschläglich bezahlten 146 fl. 9 kr., somit zur Bezahlung von 104 Gulden 12 kr. nebst 5 Prozent Zinsen vom Tag der erhobenen Klage an, an Klägern zu verurtheilen, hinsichtlich der nach den letzten Abschlagszahlungen entstandenen Schuld von 23 Gulden 29 kr. aber, den Klägern aufzulegen sey, binnen vier Wochen rechtlich zu beweisen, daß vor Anstellung der Klage, dem Beklagten hierüber eine, auf gesetzlichem Stempelpapier geschriebene, Rechnung zugestellt worden, oder von demselben die Zusicherung, sie bezahlen zu wollen, ertheilt worden sey, so, daß diese Zusicherung als ein Verzicht auf die, aus der Nichtanwendung des gesetzlichen Stempels hervorgegangenen Gerechtsame betrachtet werden könne ꝛc.

Die Entscheidungsgründe sind im Wesentlichen diese: Die Verordnnngen vom 21. Juni 1808 und 24. Juli 1809, die keineswegs durch die, sich lediglich mit dem Gerichtsstempel beschäftigende, Verordnung vom 29. August 1822 in den fraglichen Beziehungen aufgehoben worden seyen, bestimmten klar, daß der Schuldner nnr dann seine Schuld zu bezahlen verpflichtet sey, wenn ihm das Conto, auf verordnungsmäßiges Stempelpapier geschrieben, zugestellt werde. Indessen könne der Schuldner auf diese, ihm durch das Gesetz zustehende, Befugniß als beneficium legis verzichten. Offenbar sey aber ein solcher Verzicht anzunehmen, wenn der Schuldner vor Anstellung der Klage die Rechnung trotz der

Nichtadhibirung des Stempels anerkannt und Zahlung versprochen habe, sey dieses nun ausdrücklich oder stillschweigend durch, ein hinreichendes Bekenntniß enthaltende, Abschlagszahlungen [1]). Hier sey

---

2) In einer andern, bei demselben Gericht anhängig gewesenen Rechtssache verwarf dasselbe gleichfalls die Einrede des Beklagten, die er daraus herleitete, daß ihm vor der Klage keine, auf gesetzliches Stempelpapier geschriebene, Rechnung gekommen sey, aus dem Grund, weil derselbe vor der Klage seinem Gläubiger eine, (jedoch nachher nicht honorirte) Anweisung zum Zweck der Zahlung seiner Schuld ausgestellt habe; Denn diese Thatsache enthalte einen stillschweigenden Verzicht auf die Einrede. Beide Rechtssachen veranlaßten zugleich die Fixirung folgenden Präjudizes; „Nach den Berichtigungen und Zusätzen, welche die Verordnung vom 24. Juli 1809 zum Stempelgesetz vom 21. Juni 1808 gemacht hat, soll der Debitor einen Kaufmanns-Conto oder Handwerkszottel zuerst dann zu bezahlen schuldig seyn, wenn ihm solcher auf das verordnungsmäßige Stempelpapier geschrieben zugestellt wird. Es kann daher der Debitor, der eine, auf das verordnungsmäßige Stempelpapier geschriebene Rechnung nicht erhalten hat, auch nicht gerichtlich auf deren Bezahlung belangt werden."

Nach der Rechtssprechung Großherzogl. Hofgerichts enthält jedoch diese Bestimmung blos eine Wohlthat für den Schuldner; Er kann hierauf ausdrücklich oder stillschweigend verzichten und liegt ein solcher Verzicht vor, so ist auch eine Klage gegen ihn begründet und er schützt sich vergeblich mit der, aus der Wohlthat

alsdann nicht das, durch Ueberreichung eines Conto's, auf den gesetzlichen Stempelbogen geschrieben, klagbar gewordene, Contraktverhältniß, sondern das, in einer nochmaligen Anerkennung und Zusicherung der Zahlung bestehende, Factum das Fundament der Klage.

Da nun, was die frühere Schuld des Beklagten mit 250 Gulden 20 kr. betreffe, es aktenmäßig sey, daß er darauf Stückzahlungen geleistet, während er weder behaupte, daß er diese Zahlungen unter Re-

---

des Gesetzes für ihn hervorgehenden, Einrede. — Ein solcher Verzicht wurde angenommen, weil der Schuldner seinem Gläubiger eine, obwohl später nicht honorirte, Anweisung auf die Bezahlung der Schuld, worüber keine, auf das gesetzliche Stempelpapier geschriebene, Rechnung eingehändigt worden war, ausgestellt hatte. Er wurde ferner in eiuem andern Falle, wo der Schuldner auf eine nicht widersprochene, aber nicht auf das gesetzliche Stempelpapier geschriebene Rechnung Abschlagszahlungen leistete, unterstellt. — Großherzogliches Hofgericht ließ ohnerachtet der, auf die fragliche gesetzliche Bestimmung gegründeten Einrede, welche es verwarf, die Klage, in dem ersten Fall auf Bezahlung der ganzen Schuld, und in dem zweiten, auf Bezahlung des, nach Abzug der Abschlagszahluugen verbleibenden, Restes zu. Uebrigens sind die gesetzlichen Bestimmnngen der älteren Stempelgesetze über Waarenrechnung und Conti durch die, blos den gerichtlichen Stempel bestimmenden, Verordnung vom 27. August 1822 nicht aufgehoben."

servationen geleistet, noch, daß er vor ihrer Leistung die betreffenden Rechnungen nicht erhalten habe, so liege in dieser Thatsache eine stillschweigende Anerkennung derselben und Zusicherung der Zahlung ihres Gesammtbetrags, ein Verzicht auf die, auf den Nichtgebrauch des Stempels gestützte, Gerechtsame. Hiernach müsse also Beklagter zur Zahlung dieser früheren Schuld, insoweit sie nicht durch diese Abschlagszahlungen getilgt sey, also zur Zahlung des Restes mit 104 Gulden 12 kr. nebst Verzugszinsen zu 5 Prozent vom Tag der Klage an verurtheilt werden.

Hinsichtlich der späteren Schuld von 23 Gulden 29 kr. welche nach Ableistung der letzten Stückzahlung entstanden, ließe sich darum Gleiches nicht annehmen und müsse die Behauptung der Kläger, daß der Beklagte vor Anstellung der Klage die Schuld anerkannt und ihre Zahlung zugesichert habe, zur entsprechenden Beweisauflage führen (unter Erstreckung derselben auf die weitere relevante Behauptung der Kläger, daß sie dem Beklagten vor Anstellung der Klage eine auf gesetzlichem Stempelpapier geschriebene Rechnung zugestellt hätten.)

R.

Ist die Ehefrau, welche in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann einen Kaufvertrag abschließt, für ihren Antheil Mitschuldnerin?

Der Wirth St. in Arh. klagte gegen den Müller S. in Wirh. und dessen Ehefrau den Kanfschilling ein, welchen diese ihm, für mehrere von ihnen gekaufte Grundstücke schuldig geworden seyen. Die mitbeklagte Ehefrau stellte in Abrede, daß sie Mitkäuferin gewesen.. Sollte dieses aber auch der Fall gewesen seyn, so wolle sie sich gegen die klägerischen Ansprüche durch Berufung auf die, ihr zustehenden, weibliche Rechtswohlthaten schützen.

Nach geschehener Verhandlung bis zum Schluß wies der Unterrichter unterm 8. September 1819 den Kläger mit seinen Ansprüchen an die mitbeklagte Ehefrau ab. Er ergriff die Appellation an Großherzogl. Hofgericht in D. Die weiblichen Rechtswohlthaten schützten die Ehefrau nicht gegen Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche aus Hauptverträgen, die sie abgeschlossen, entstünden, sondern befreiten sie nur von der Erfüllung eines bestinmten Nebenvertrags, desjenigen, welchen eine Intercession der Eheweiber für ihren Ehemann involvire, so wie eines, zur Bemäntelung einer solchen Intercession eingegangenen Hauptvertrags, in welchem Lichte ein Kaufkon-

trakt nicht erscheinen könne [1]). So wie eine Ehefrau allein als Käuferin auftreten und sich so verpflichten könne, so könne sie es auch in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann. Ja! viele Gerichte ließen bei Verkäufen, die unter ihrer Auctorität vorgenommen würden, den Ehemann nicht zu, wenn seine Ehefrau nicht als Mitkäuferin auftrete.

Hierauf erließ Großherzogl. Hofgericht unterm 23. September 1820 folgendes Erkenntniß:

„In Sachen — wird — hiermit reformatorisch zu Recht erkannt:

daß, in Erwägung, daß eine Ehefrau in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne gültig einen Kauf eingehen kann und in einem solchen Fall für ihren Antheil Mitschuldnerin wird [2]), also

---

1) Strube: Rechtliche Bedenken Theil 1. Bed. 76. „Es hat mit Kaufbriefen und Schuldverschreibungen keine gleiche Bewandniß. Jene sind bündig und theilen der Frau an der gekauften Sache ein Recht mit, folglich äußert sich keine Vermuthung eines Betrugs bei diesem Geschäft."

1) Rembovski: Dissertatio de efficaci mulierum intercessione, Cap. 3. §. 3. Lit. h. pag. 75.

„quia uxor censetur dimidiam partem acquisivisse, si simul cum marito emit; praesumtio est, omnia bona fide agi et tenor instrumenti contra scribentem probat etc."

2) Boehmer: Exercit. ad Pand. Tom. III. exercit. 50. Cap. 3. §. 3.

Donellus: Comment. jur. civ. L. 12. Cap. 29.

in einem solchen gemeinschaftlichen Geschäft an sich eine verbotne Intercession nicht enthalten ist, mit Aufhebung der, in dem am 8. September 1819 publicirten unterrichterlichen Bescheid in Beziehung auf die S'sche Ehefrau enthaltenen Entscheidung, der Beweis, daß dieselbe Mitkäuferin der fraglichen Güter sey, zuzulassen — sey."

Das angenommene Präjudiz lautet: Wurde von Grosherzogl. Hofgericht bei Erlassung des reformatorischen Erkenntnisses vom 23. September 1820 der Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn *eine* Ehefrau in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann, einen Kauf eingehet, die Ehefrau, wenn nicht aus besonderen Umständen ein Anderes hervorgehe, hier nicht als Intercedentin für ihren Ehemann, sondern als Selbstschuldnerin und resp. Hauptkontrahentin anzusehen sey, und eben so, wie ihr Ehemann, pro parte verbunden und berechtigt werde."

„Dieselbe Ansicht ist von Großherzogl. Oberappellationsgericht in dem am 23. Januar 1765 in S. der Kanzlist Sahlfeldischen Wittwe gegen die Cor-

---

Spangenberg: „Ueber mit dem Ehemann gemeinschaftlich ausgestellte Schuldverschreibungen der Ehefrauen und deren rechtliche Wirkung." (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening-Ingenheim. Band 2. Heft 1.) S. 50.

poral Pfitzische Wittwe erlassenen Urtheile ausgesprochen worden. Denn wenn auch dieser Fall nicht der nämliche, wie der vorliegende ist, indem es sich dort von einer Schuld aus einem von beiden Eheleuten ausgestellten Wechsel- und einer Eheschuld handelt, so hat doch Großherzogl. Oberappellationsgericht durch die in dem Urtheile enthaltenen Worte:

> „überhaupt aber nach der in hiesigen Fürstlichen Landen inter conjuges statt habenden communione bonorum und ausdrücklichen disposition des Fürstlichen Landrechts die exceptio senatusconsulti Vellejani bei gemeinsam contrahirten Schulden nicht vorgeschützt werden mag, sondern eine Frau für die Hälfte allemal verbunden bleibt ꝛc."

seine Ansicht hinlänglich deutlich erklärt, daß bei Verträgen zwischen Eheleuten einer Seits und einer dritten Person anderer Seits die Ehefrau so gut als der Mann als Hauptcontrahentin anzusehen seye."

VII.

Anhang.

Uebersicht solcher Rechtsfragen-Entscheidungen auswärtiger Gerichtshöfe, wobei partikularrechtliche Bestimmungen, die auch im Großherzogthum Hessen gesetzliche Kraft haben in Anwendung kamen [1]).

Vom Herausgeber.

Pfälzer Recht[2].)

I.

Rechtsform der Codicille.

Das Pfälzer Landrecht bestimmt Theil 3. Tit. 27:

„Der Unterschied zwischen Testamenten und Co-

---

1) In dem Großherzogthum Hessen gelten Statutarrechte (Mainzer, Solmser, Pfälzer u. s. w. Landrecht), die auch in benachbarten Staaten, Baden. Nassau u. s. w. entweder früher galten oder noch gelten. Die Gerichtshöfe dieser Staaten oder der Reichslande, wofür diese Landrechte gegeben worden, waren nicht selten veranlaßt, bei vorkommenden Fällen sich über die Anwendung und namentlich über die rechte Bedeutung einzelner Bestimmungen des betreffenden Landrechts erkennend auszusprechen. Es ist daher für die Juristen des Großherzogthums, namentlich für den Richter und Sachwalter, gewiß von Interesse, diese Entscheidungen, unter gedrängter Angabe der Gründe, zur bequemen Uebersicht zusammengestellt zu sehen

„dicillen ist dieser, daß die Testamente mehr „Zierlichkeit, als die Codicille erfordern. Sin„temal in Testamenten mehr und stattlichere „Zeugen und allein Mannspersonen seyn müssen, „so doch in Codicillen nur fünf und unerfor„derte Frau- und Mannspersonen genug seynd."

Im Jahr 1777 hatte ein pfälzer Landmann seine Ehefrau zur Erbin seines Vermögens durch eine Letztewillens-Disposition berufen, die von ihm, vier Zeugen und dem Gerichtsschreiber unterschrieben wurde und worin die Stelle vorkam:

„damit nun diese meine letzte Willensmeinung „in alle Wege obigermaßen erfüllt werden „möge, so ꝛc."

Nach seinem Tod fochten die Intestaterben diesen letzten Willen an, der nicht nur als Testament nichtig sey, sondern auch als Codicill nicht gelten könne,

---

und so ein Repertorium zur Hand zu haben. Da diese Mittheilung, streng genommen, in den Plan dieser Schrift nicht eingeschlossen ist, so folgt sie als Anhang. Der Anhang zu gegenwärtigem Bändchen soll solche Entscheidungen mittheilen, welche Bestimmungen des Pfälzer Rechts zur Anwendung brachten.

2) Ueber das Historische des Pfälzer Statutarrechts vergleiche besonders

Flad: Specimen anecdoton juris palatini statutarii de successione ab intestato ante statutum palatinum, ubi simul origo legum palatinarum inquiritur et fata juris civilis Romani in Palatinatu exponuntur. Heidelbergae 1742.

weil nur vier Zeugen zugezogen worden seyen, während das Landrecht fünf Zeugen erfordere, der Gerichtsschreiber aber nicht für den fünften Zeugen gerechnet werden dürfe. Das Badische Oberhofgericht in Mannheim erkannte in höchster Instanz im Jahr 1824 confirmirend die Disposition als Codicill für rechtsbeständig, in Erwägung, daß das Landrecht ausdrücklich sage, das Codicill erfordere nicht so viel Zeugen als ein Testament, während nach dessen dritten Titel [3]) fünf Zeugen nebst dem Gerichtsschreiber zur Gültigkeit eines Testameats hinreichen sollten, daß daher nicht einzusehen sey, warum der Gerichtsschreiber, dessen Zuziehung als solcher nur bei Testamenten, nicht aber auch bei Codicillen erfordert werde, nicht auch die Stelle eines blosen Zeugen vertreten könne, da, wo man ihn in der Eigenschaft als Gerichtsschreiber nicht brauche [4]).

---

3) „So denn einer lieber ohne Erforderung einiger Gerichtspersonen sein Testament und letzten Willen mündlich oder schriftlich eröffnet oder beschlossen, verfassen und machen wolt, soll ihm ein solches allein vor dem geschwornen jedes Orts Stadt = oder Gerichtsschreiber im Beiseyn zum wenigsten fünf erbarn glaubwürdigen dazu erbetnen Mannspersonen als Gezeugen zu thun bevorstehen und erlaubt seyn."

4) Jahrbücher des Großherzoglich Badischen Oberhofgerichts in Mannheim, herausgegeben vom Staatsrath von Hohnhorst. Zweiter Jahrgang (1824). Mannheim 1825. S. 289. 290.

II.

Eheliche Nutznießung an dem Vermögen der Kinder.

Das Pfälzer Landrecht bestimmt Theil 4. Tit. 13. §. 2:

„Doch soll das Letztlebende Ehegemächt, da es „der ersten oder ander Kinder rechter Vater „oder Mutter bei und an demselben jetzt ver„meldt angefallenen väterlichen oder mütter„lichen Gütern oder Erbtheil die Admini„stration und Leibzucht sein Lebenlang „haben, dagegen — die Kinder von ihrer, der „Eltern selbst Nahrung — doch nicht unter ih„rem Pflichttheile — auszugeben und zu be„statten schuldig seyn."

Die Ehefrau des J. M. B. starb mit Hinterlassung eines Kindes aus der Ehe mit demselben. Später fiel diesem Kind von einem Oheim mütterlicher Seits ein Gut erblich zu.

Der Vater nahm für seinen minderjährigen Sohn das Gut in Besitz und Genuß und blieb einige Jahre darin. Später setzte sich der Sohn in diesen Besitz und Genuß. Wieder einige Jahre später entspann sich durch eine, auf Entrichtung des jährlichen Genusses des Guts gerichtete, Klage des Vaters gegen seinen Sohn, der im Wesentlichen dahin excipirte, daß die Eingangs gedachte Bestimmung des Landrechts keine Anwendung finde, weil das Gut ihm erst

nach dem Tod seiner Mutter angefallen sey und also kein mütterliches Gut genannt werden könne, ein Rechtsstreit zwischen Beiden, der sich um die Frage drehte, ob der Vater zur lebenslänglichen Nutznießung von $^2/_3$ des Guts berechtigt sey.

Das Badische Hofgericht in Mannheim erkannte im Jahr 1824 dahin, daß der Anspruch des Vaters auf $^2/_3$ der Nutznießung des Guts als begründet zu erklären und das Oberhofgericht daselbst bestätigte diese Entscheidung auf, von Seiten des Beklagten erhobene, Oberappellation, indem der §. 2 Tit. 13. Theil 4 ganz zu Gunsten des Klägers spreche. Denn was das pfälzische Landrecht unter dem Ausdruck mütterlichss Gut verstehe, zeige deutlich der §. 1. Tit. 13. Theil 4. [5]), wo von dem Vermögen von der ältesten Kinder Linie und Freundschaft herrührend, gesprochen werde, so wie auch der §. 5 [6]) im zweiten Titel des dritten Theils einen Unterschied zwischen Gütern mache, so den Kindern von Fremden und nicht von Blutsverwandten angefallen. Auf

---

5) „Daneben gleichwohl die Bescheidenheit zu halten, da vielleicht eine ansehnliche stattliche Fahrnuß von der ältesten Kinder Lini und Freundschaft herrührend vorhanden, daß selbige Fahrniß berührten Kindern auch vor allen andern gänzlich gefolgt werde.“

6) wollen wir, daß dergleichen Kinder von ihrem eignen Gut, so ihnen von Fremden und nicht Blutsverwandten durch Erbschaft oder Heirath angefallen, wohl testiren mögen.

jeden Fall hebe sich jeder Zweifel, ob dem Vater auch von solchen Gütern des Sohnes eine lebenslängliche Nutznießung zustehe, welche diesem erst nach der Mutter Tod von der mütterlichen Seite angefallen seyen, wenn man den §. 4. Tit. 13. Theil 4 [6]) des mit dem gemeinen Recht übereinstimmenden Pfälzer Landrechts berücksichtige. Denn dort werde die in §. 2. ausgesprochene Allgemeinheit der elterlichen Nutznießung an dem Vermögen der Kinder blos in Ansehung der Mütter dahin beschränkt, daß bei ihr dieses Recht an demjenigen Vermögen, welches ihren Kindern nach des Vaters Tod zufalle, cessiren solle, woraus von selbst folge, daß es in Ansehung des Vaters bei der, in §. 2. ausgesprochenen Allgemeinheit der Nutznießung sein Bewenden behalten müsse [7]).

III.

Gültigkeit der Intercession der Ehefrauen.

Der Seifensieder L. wurde dem Schlossermeister N. die Summe von 500 Gulden schuldig. Später

---

7) „Gleichergestalt wollen auch die gemeinen Rechte, daß die Mütter an dem, so ihren rechten Kindern nach des Vaters Tod erblich angefallen oder geschenkt worden, keine Nutznießung haben sollen, bei dem Wir es lassen bewenden."

8) Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts. Zweiter Jahrgang. S. 69 — 82. S. 74 Z. 3 von unten muß es dort heißen §. 1. statt §. 7.

stellte dieser Schuldner mit seiner Ehefrau eine Privaturkunde aus, worin sie, und zwar die Ehefrau unter Zuziehung eines verpflichteten Beistands und der Erklärung, daß sie diese ihre Mitverbindung für nützlich und zur Aufrechthaltung ihres Gewerbes nothwendig halte, sich in solidum verbindlich machten, das Kapital in bestimmten Zielen abzutragen. Nach dem Tod der schuldnrrischen Ehefrau kam es zwischen ihren Kindern als Beklagten und dem Gläubiger als Kläger zu gerichtlichen Verhandlungen, namentlich über die Frage, ob die Verstorbene zur Befriedigung desselben rechtsgültig verpflichtet gewesen. Diese Frage wurde von Großherzogl. Badischen Oberhofgericht in der dritten Instanz durch Entscheidung vom 21. Juli 1823 verneint. Nach altpfälzischem Recht sey nämlich die Bürgschaft der Weiber für ihre Männer durchaus ungültig gewesen [8]). Erst in neueren Zeiten und namentlich durch eine Verordnung vom 26. Juli 1771 sey eine solche Verbür-

9) Pfälzer Landrecht Th. 2. Tit. 15. §. 1.
„Es haben auch die kaiserliche geschriebene Recht, den Frauenpersonen zum Besten, ihrer Blöde und Einfältigkeit halber, verordnet, so sie sich für Andere oder ihre Ehewirth verbürgen oder verschreiben, daß solche Intercession oder Bürgschaft untüchtig und ihnen unnachtheilig seyn und durch die Gutthat Senatusconsulti vellejani dem, weiblichen Geschlecht gegeben, von solcher Verbindung ledig gezählt werden sollen, dabei Wir es auch bewenden lassen.“

gung für zuläßig erklärt worden, wenn eine Belehrung und freiwilliger Verzicht der weiblichen Rechtswohlthaten vorangegangen sey. Da dieses nun in vorliegendem Fall nicht geschehen, so sey die Intercession der Erblasserin der Beklagten ungültig. Zwar erkläre das Gesetz auch dann die Verbürgung der Ehefrau für gültig, „da sie sich ihrer selbst oder ihrer Kinder eignen, noch vor Augen seyenden, scheinbarrn Nutzen halber verbunden und versprochen." [10]) Allein der Beweis des scheinbaren Nutzens liege doch nicht in der Erklärung der Mutter der Beklagten, daß sie ihre Mitverpfändung für nützlich und zur Aufrechthaltung ihres Gewerbes für nothwendig halte. Denn sonst würde die zum Besten der Eheweiber erlassene Verordnung ganz zwecklos werden, indem eine Frau, die sich zur Intercession für ihren Mann, ohne Belehrung über ihre Rechtswohlthaten, bereden lasse, sich eben so leicht dazu verstehen werde, ihre Verbindung für nützlich zu erklären. Ueberhaupt komme es nicht darauf an, was die Fran dafür halte, sondern darauf, was wirklich sey [11]).

IV.

Ueber Privation der Erbschaft wegen Verzugs der Erben gegen die Legatarien.

Das Pfälzer Landrecht bestimmt Theil 3. Tit. 28. §. 4:

10) Eine Bestimmung, die der Gläubiger für sich anführte.

11) Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts in Mannheim. Erster Jahrgang. S. 177 — 184.

„Es sollen die Testamentarien“ (Testaments-Exekutoren) „zuvörderst, nachdem die Erbschaft von den Erben angetreten worden und sie ihres Amts Wissen haben, ein Inventarium aufrichten — auch innerhalb dreier Monaten nach desselben Verfertigung — den eingesetzten Erben, Legatarien nnd allen andern, denen etwas in solchem Testament geworden, förderlich entrichten und vollziehen,“

und §. 7:

„Wo denn der Testirer keine Testamentarien verordnet hätte, sollen die eingesetzte Erben nach angetretener Erbschaft und auf den Fall aufgerichteten Inventars die Vollstreckung dieses letzten Willens zu thun haben, dieselbe auch in Entrichtuug der Legaten — innerhalb obgedachter Zeit dreier Monaten gänzlich vollbringen, und wo das nicht geschehe und sie keine redliche Entschuldigung hätten, sollen sie auch kein Nutz oder Gewinn an des Testators Willen haben, sondern die Erbschaft an andere des Testirers Nechstverwandten — fallen.“

Das höchste Gericht der Rheinpfalz entschied dahin, daß diese Frist von 3 Monaten nur als von dem Augenblick an laufend anzusehen sey, da dem Erben die richterliche Weisung zur Entrichtung der Legate zugegangen sey. Denn der §. 7 bestimme ausdrücklich, daß auf den Privationsfall die Erbschaft den nächsten Verwandten nach Ordnung

der Rechte anfallen solle und nach gemeinem Recht sey die Devolution ex capite privationis bedingt durch die, den Erben in Verzug versetzende, richterliche Admonition, so, daß consequenter Weise anzunehmen sey, daß das Pfälzer Landrecht Gleiches habe bestimmen wollen.

S. Textor: Decisiones electorales palatinae Francofurti 1693. Decis. 63.

V.

Ueber die Folgen der Unterlassung der Errichtung eines Inventars durch den überlebenden Ehegatten über den Nachlaß des Verstorbenen.

Das Pfälzer Landrecht bestimmt Theil 4. Tit. 15: „Von Beysitz oder Ususructu des letztlebendeu Ehegemächts und der Caution, so man deßwegen zu leisten schuldig" §. 2.

„Im Allweg aber soll des letztlebenden Ehegemächt solche hinderfällige nießliche Güter, damit künftig, wenn es zum Widerfall kommt, kein Streit, welches solches Güter gewesen, sich erhrbe, — alsbald nach dem Dreißigsten, bei Verlust des anerwachsenen Besitz gebührender Maasen inventiren zu lassen schuldig seyn."

Bei dem höchsten Gericht der Rheinpfalz kam die Frage zur Sprache, ob den überlebenden Ehegatten dann die Strafe des Verlustes der gesetzlichen Nutznießung

der Hälfte der unbeweglichen Güter des verstorbenen Ehegatten treffe, wenn er unterlassen habe, innerhalb der bestimmten Frist von 30 Tagen ein vollständiges Inventar über den Nachlaß des Verstorbenen aufzunehmen oder, ob diese Strafe nur dann eintrete, wenn er unterlassen habe, ein Inventar über die Güter, wovon ihm die Nutznießung zustehe, zu errichten.

Diese Rechtsfrage wurde von diesem Gericht dahin entschieden, daß die Strafe nicht auf die Verzögerung eines vollständigen Inventars, sondern blos auf die Versäumung der Errichtung des Inventars über die liegenden Güter, woran dem überlebenden Ehegatten zur Hälfte die Nutznießung zustehe, gesetzt sey und der gedachte §. 2 dahin zu interpretiren sey, indem Strafbestimmungen strikter Auslegung unterworfen seyen.

S. Textor: Decisiones electorales palatinae. Dec. 69.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bopp, Philipp, 1790-1862

Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen in einzelnen Ausarbeitungen und mit besonderer Beachtung merkwürdiger Rechtsfälle
Bd.: 3

Darmstadt (1831)

Decis. 17 h-1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396492-1